Court of Appeal File No. M47511
Court File No. 09-CL-7950

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF NORTEL NETWORKS CORPORATION, NORTEL NETWORKS LIMITED, NORTEL NETWORKS GLOBAL CORPORATION, NORTEL NETWORKS INTERNATIONAL CORPORATION, NORTEL NETWORKS TECHNOLOGY CORPORATION, NORTEL COMMUNICATIONS INC., ARCHITEL SYSTEMS CORPORATION AND NORTHERN TELECOM CANADA LIMITED

APPLICATION UNDER THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

DOCUMENTS REFERENCED IN THE NOTICE OF MOTION (MOTION SEEKING LEAVE TO APPEAL) DATED FEBRUARY 14, 2017 OF THE MOVING PARTIES GREG MCAVOY AND JENNIFER HOLLEY

Volume I

INDEX

Tab No.	Document	Page No.
	Volume I	
1	Notice of Intention to Appear and Submission for Anticipated January 24, 2017 Fairness Hearing to Sanction the Nortel CCAA Plan from Greg McAvoy and Jennifer Holley dated January 13, 2017, Court File No. 09-CL-7950	1
A	Schedule "A" – Affidavit of Diane Urqhuart dated January 12, 2017	20
2	*Re Nortel Networks Corporation et al*, 2017 ONSC 700	29
3	*Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3	44
4	*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927	75
5	*Baker v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. 817	159
6	*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038	210
7	*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 19 December 1996, 993 UNTS 3 (entered into force 3 January 1976)	257
8	*Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol*, 30 March 2007, 2515 UNTS 3 (entered into force 3 May 2008)	265
9	*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84	302
10	Margaret Hall, "Developing an Anti-Ageist Approach Within Law: Advancing Substantive Equality for Older Persons through Law, Policy and Practice" *Law Commission of Ontario* (July 2009), online: Law Commission of Ontario <http://www.lco-cdo.org/older-adults-commissioned-paper-hall.pdf>.	534
11	*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493	603
	Volume II	
12	*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519	701
13	*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624	815
14	*Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28	885

Tab No.	Document	Page No.
15	Bruce Porter, "20 Years of Equality Rights: Reclaiming Expectations" (Paper delivered at the Equality Advisory Committee of the Court Challenges Program for the Equality Rights Review Consultation, Hull, 1-2 October 2004) online: <http://socialrightscura.ca/documents/publications/ BP-Twenty-Years-of-Equality-Rights-2005.pdf>.	932
16	*R. v. Oakes,* [1986] 1 S.C.R. 103	983
17	*R. v. Big M Drug Mart Ltd.,* [1985] 1 S.C.R. 295	1024
18	*Century Services Inc. v. Canada (Attorney General),* 2010 SCC 60	1093
19	*Minott v. O'Shanter Development Company Ltd.* (1999), 42 OR (3d) 321 (Ont. C.A.)	1170
20	*Ratnasingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness),* 2007 FC 1096	1208
21	*Angle v. M.N.R.,* [1975] 2 S.C.R. 248	1228
22	*Re Nortel Networks Corporation,* Settlement Approval Order granted March 31, 2010, Court File No. 09-CL-7950	1251
23	*Schachter v. Canada,* [1992] 2 S.C.R. 679	1305
	Volume III	
24	*Constitution Act, 1982,* being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11.	1357
25	*Penner v. Niagara (Regional Police Services Board),* 2013 SCC 19	1391
26	*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.,* 2001 SCC 44	1442
27	*Apotex Inc. v. Merck & Co.,* 2002 FCA 210	1482
28	*Rules of Civil Procedure,* RRO 1990, Reg 194	1494

29	*Re Nortel Networks Corporation*, Plan Sanction Motion returnable January 24, 2017 (Factum of the Court Appointed Representatives of the Former Employees and LTD Beneficiaries of Nortel), Court File No. 09-CL-7950	1497
30	*Re Nortel Networks Corporation*, Motion for Plan Sanction and Canadian Escrow Release Order dated January 22, 2017 (Factum of the Monitor and Canadian Debtors), Court File No. 09-CL-7950	1520
31	Affidavit of Susan Kennedy sworn February 23, 2010	1576
32	*Holley v. The Northern Trust Company, Canada,* 2014 ONSC 889	1647
33	Letter from the Monitor dated November 5, 2009 re Non-Disclosure of Information Concerning the Health & Welfare Trust	1679
34	*Re Nortel Networks Corporation* (3, 4 and 5 March 2010), Toronto, Court File No. 09-CL-7950 (Ont. S.C.J. [Commercial List])	1683

1

Court File No. 09-CL-7950

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)

IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF NORTEL NETWORKS CORPORATION, NORTERL NETWORKS LIMITED, NORTEL NETWORKS GLOBAL CORPORATION, NORTEL NETWORKS INTERNATIONAL CORPORATION AND NORTEL NETWORKS TECHNOLOGY CORPORATION

APPLICATION UNDER THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

Notice of Intention to Appear and Submission for Anticipated January 24, 2017 Fairness Hearing to Sanction the Nortel CCAA Plan from Greg McAvoy and Jennifer Holley

Date: January 13, 2017

Joseph Greg McAvoy
Nortel CCAA LTD Creditor
Kingsland Terrace Supportive Living Facility
Suite 1, Room 2
835 68 Ave SW
Calgary AB, T2V ON5
(587) 582-8804
dignum.mcavoy@gmail.com

Jennifer Holley
Nortel CCAA LTD Creditor
2034 River Road
Ompah, ON, K0H 2J0
(613) 479-2653
jholley@xplornet.com

Self-Represented

To: Service List

THIS SUBMISSION IS FOR AN ORDER

1. This submission is filed by Gregory McAvoy and Jennifer Holley, who have standing as Nortel CCAA LTD creditors. Gregory McAvoy and Jennifer Holley exercise their option to opt out of representation of the Nortel long term disabled former employees by representative Sue Kennedy and representative legal counsel Koskie Minsky LLP.

2. This submission requests that the CCAA judge make an adjustment of the Nortel CCAA Plan of Arrangement and Compromise ("Nortel Plan") to make it compliant with the Charter, fair and reasonable for the LTD, fair in regard to the interests of Greg McAvoy, Jennifer Holley and other members of the LTD and in the LTD's best interests. This adjustment requires reconsideration of the **March 30, 2010 revised interim settlement agreement[1].** The requested adjustment is Cdn$44 million more for full payment of the Nortel LTD income and medical and dental claims (assuming the CCAA cash ratio is 45%). This is just 0.8% of the expected Nortel Canada estate of Cdn$5.7 billion.

3. The incremental Cdn$44 million requested for the LTD could be placed in a reserve account, in order to allow the Nortel Plan's allocation and distribution of cash, less the Cdn$44 million reserve account, be paid to all creditors by April 2017 as currently intended. The court would then, if necessary, have greater time to consider the grounds for the order to make an adjustment and reconsideration as requested in this submission.

THE GROUNDS FOR THE ORDER ARE:

4. The Nortel Plan is unfair and unreasonable for Greg McAvoy, Jennifer Holley and other members of LTD. It unfairly disregards the interests of the LTD, who are deprived of substantive equality in Canadian society and adequate disability income for basic housing, food, clothing and high medical and dental expenses. The Nortel Plan is not in the best interests of the LTD. The LTD group had 360 members at 2010, including 158 members with spouses and 85 members with 160 dependent children.

[1] ***Nortel Networks Corporation (Re),*** **[2010] ONSC, March 31, 2010 P. C2**

5. Approval of the Nortel Plan by the CCAA judge constitutes the use of his discretionary authority within the CCAA to force severe deleterious impacts on the LTD from violation of their Charter[2] rights: S. 15(1) on deprivation of substantive equality; and, S. 7 on deprivation of life, liberty and security. Individuals with mental or physical disability are expressly protected in the Charter. This is a case where equal treatment of the LTD with other unsecured creditors results in LTD Charter violations. None of the Charter tests for acceptable limitation of Charter rights are met: reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society in S.1; in accordance with principles of fundamental justice in S. 7; or, due to a S. 33 notwithstanding clause within the statute.

6. The Constitution is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with its provisions, to the extent of the inconsistency, is of no force or effect. A judge, who exercises delegated powers pursuant to a law, does not have the power to make an order that would result in an infringement of the Charter. The SCC's ***Slaight***[3] decision specifically addresses a judge's discretionary authority within a law cannot be used in violation of the Charter, and if it is, this discretionary authority must be struck down under S. 52 and be of no force or effect, unless it can be demonstrably justified under S. 1 as a necessary discretionary authority to limit Charter rights in order to serve the purpose of the law. The requisite SCC ***Oaks***[4] and ***Big M Drug Mart***[5] tests for a demonstrable justification of limitation of LTD Charter rights under S. 1 are not met in the Nortel Plan.

7. Sue Kennedy being the court-appointed representative of the LTD with court-appointed legal counsel and her authority to vote for the Nortel Plan on behalf of the LTD under the representation order are all court processes that have resulted in LTD Charter violations. The CCAA judge cannot use discretionary authority within the CCAA to approve a Plan simply because there is construed majority support for it under these court processes, when these violate LTD Charter rights, for one, many or even all members of the LTD group. LTD not opting out of representation by Sue Kennedy should not change the assessment of whether or not the CCAA

---

[2] ***The Constitution Act, 1982, PART 1 Charter of Rights and Freedoms***

[3] ***Slaight Communications Inc. v. Davidson,*** **[1989] 1 SCR 1038, 1989 CanLII 92 (SCC)**

[4] ***R. v. Oakes,*** **[1986] 1 SCR 103, [1986] CanLII 46 (SCC) P. 64, 69, 70, 71**

[5] ***R. v. Big M Drug Mart Ltd.,*** **[1985] 1 SCR 295, 1985 CanLII 69 (SCC) P. 139, 163**

is an unconstitutional law in respect to its discretionary authority for judges to approve a CCAA Plan that limits LTD Charter rights, if such limitations are not demonstrably justified to serve the purpose of the CCAA.

MATERIAL FACTS ON THE IMPACTS OF THE NORTEL PLAN ON LTD

8. The affidavit of Diane Urquhart, a financial expert, provides Tables 1-8, containing material facts on the absolute and relative impact of the Nortel Plan on members of the long term disabled former employees group ("LTD").

9. Approval of the Nortel Plan, combined with the 2010 revised interim settlement agreement, results in LTD being:

i) deprived of adequate disability income for basic housing, food, clothing and high medical and dental expenses, and so cannot live independently and with dignity:

a) 66% to 68% estimated combined HWT and CCAA recovery of the amount owed for Nortel disability income, is applied to Nortel's pre bankruptcy disability income that was already reduced to 50% to 70% of their working income before disability (most employees opted for the higher 70% coverage paid for by employee contributions.) The LTD outcome is Nortel disability income reduced to 33% to 48% of pre-disability income. The 160 dependent children cannot help but be seriously deprived compared to their peers with parents able to work. See TABLE 1 and TABE 2.

b) medical and dental expenses claim has only 45% to 49% recovery, of an average of Cdn$7,291 per year for the LTD at 2010. See TABLE 1, TABLE 2 and TABLE 6.

c) LTD unable to preserve capital from both the HWT and CCAA settlements, due to the six year delay of the CCAA settlement. The deeply compromised 38% HWT and 45% to 49% CCAA settlements' capital is already used up by 2018 to cover the deficiencies in CPP disability income relative to reasonable basic housing, food and clothing expenses and the high medical and dental expenses during 2011 to 2017. The estimated average annual deficiencies of income over expenses have grown from $27,015 in 2011 to

$33,223 in 2017. The 2017 average basic living costs are estimated at $36,220 derived from adjustments made to the Statistics Canada average household expenditures in Canada. See TABLE 3 and TABLE 4.

d) due to settlement capital depletion by 2018, the LTD receives only CPP disability income, at a maximum of Cdn$15,763 in 2017. See TABLE 3.

ii) LTD deprived of substantive equality in Canadian society, through their loss of dignity, and exclusion and marginalization. An LTD, who once worked and who actively sought group LTD insurance coverage at Nortel, is by 2018 reduced to annual income at the maximum CPP disability income of Cdn$15,763 in 2017.

MATERIAL FACTS ON THE RELATIVE IMPACTS OF THE NORTEL PLAN

10. The Canadian long term disabled former employees are the worst impacted claimant group in Canada and in the US and UK/EMEA estates.

i) Junk bond holders are paid 98 cents to full payment per $1 of claim. See TABLE 1.

ii) US pensioners and UK pensioners are paid in full under the US Pension Benefit Guaranty Corporation and the UK Pension Protection Fund, subject to their maximum limits.

iii) Canadian pensioners have much higher combined pension plan and CCAA settlements:

a) 88% to 100% in Ontario, that are substantially subsidized by the Ontario Government grant of Cdn$384 million under the OPBG program guarantying the first $12,000 per year of pension income.

b) 82% in Nova Scotia

c) 77% in the other Provinces.

Canadian pensioners have same compromise of their lower medical and dental claims that averaged $1,961 in 2010. Canada pensioners have much higher CPP and OAS pension

income at a maximum of $20,312 in 2017, compared to the maximum CPP disability income of $15,763 in 2017. See TABLE 6.

iv) Nortel Canadian bankruptcy professionals are paid Cdn$698 million in fees and disbursements. Nortel global bankruptcy professionals are paid Cdn$2,580 million. See TABLE 7.

a) Monitor's Report 132nd Nov. 16, 2016, Monitor Fees and Disbursements discloses total Ernst & Young CCAA Court Monitor fees of US $108.0 million, Goodmans LLP Court Monitor's Legal Counsel fees of US$86.4 and disbursements of US$5.6 million before HST, between Jan. 14, 2019 and May 31, 2016. The combined fees and disbursement for performing delegated Court Monitor's duties, including the HST is US$226 million, or Cdn$301 million.

b) Ernst & Young received fees of US$428 million, or Cdn$570 million, for its roles as CCAA Court Monitor, UK Court Administrator, and US Tax Advisor to the Nortel Networks Inc.

c) **Monitor's Report 132nd Nov. 16, 2016, Monitor Fees and Disbursements** discloses for the first time that Former Employees (Representative Counsel) received fees of US$38 million, or Cdn$51 million. This was paid to DLA Piper LLP, Koskie Minsky LLP, Nelligan O'Brien Payne LLP, RSM Richter, Segal Consulting, Shepell FGI, Shibley Righton LLP and Wardle Daley Bernstein LLP.

v) Nortel executives are paid US$190 million, or over Cdn$250 million, in retention bonuses, without separate disclosure for the Canada estate. See TABLE 8.

11. 9 Nortel senior executives were granted a constructive trust and an uncompromised settlement equivalent to monthly payments (ranging from $991 to $31,950) for a Supplementary Pension and Retirement Allowance at June 25, 2010 in ***Nortel Networks Corporation (Re)*** [6], where Koskie Minsky LLP represented the executives. LTD were not

[6] ***Nortel Networks Corporation (Re)*, [2010] ONSC 3061, June 25, 2010 P. 55, 56**

given any consideration for a constructive trust claim before the interim settlement agreement was approved by the court.

JUDGE'S USE OF DISCRETION WITHIN THE CCAA VIOLATES THE CHARTER IN RESPECT TO LTD

12. Diane Urquhart has provided research to Gregory McAvoy and Jennifer Holley on Supreme Court of Canada cases interpreting the Charter of Rights and Freedoms and the CCAA's purpose and judicial powers to sanction a CCAA Plan.

13. Approval of the Nortel Plan by the CCAA judge constitutes the use of his discretion to force a deep compromise of the LTD claims that results in deleterious impacts from violation of LTD Charter rights: S. 15(1) on deprivation of equality; and, S. 7 on deprivation of life, liberty and security. None of the Charter tests for acceptable limitation of Charter rights have been met, that is: reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society in S.1; in accordance with principles of fundamental justice in S. 7; or, due to a notwithstanding clause within the statute enabled in S. 33.

14. The SCC's ***Slaight***[7] decision specifically addresses a judge's discretionary authority within a law cannot be used in violation of the Charter, and if it is, this discretionary authority must be struck down under S. 52 and be of no force or effect, unless it can be demonstrably justified under S. 1 as a necessary discretionary authority to limit Charter rights in order to serve the purpose of the law.

15. **Reconciling the Charter and Administrative Law by Dean of Osgoode Hall Law School Lorne Sossin** says:

> "In ***Slaight*** the Court for the first time attempted to reconcile the *Charter* and Administrative Law protections where they overlap. With respect to exercises of discretion in particular, the Court reasoned that no legislature could grant discretionary authority to act in violation of *Charter* rights – therefore, all such authority should be interpreted by Courts in a manner consistent with *Charter* protections unless the wording of the statute itself is inconsistent with a *Charter* right, in which case, if it could not be justified under s.1 of the *Charter*, that provision would have to be struck down…

[7] ***Ibid, Slaight Communications Inc. v. Davidson (SCC)***

16. ***Slaight*** says:

" The Charter applies to orders made by the adjudicator. The adjudicator is a creature of statute. He is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from statute. The Constitution is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. It is thus impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the Charter, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require this Court to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1 of the Charter. It follows that an adjudicator, who exercises delegated powers, does not have the power to make an order that would result in an infringement of the Charter."

17. The principle of an overly broad law described in ***Heywood***[8] applies to the CCAA because its enablement of judicial discretion to deprive the Charter rights of disabled persons is going beyond what is needed to accomplish the governmental objectives of the CCAA.

"Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. A court must consider whether those means are necessary to achieve the state objective. If the state, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate."

"Section 7 of the *Charter* has a wide scope. An enactment, before it can be found to be so broad that it infringes s. 7 of the *Charter*, must clearly infringe life, liberty or security of the person in a manner that is unnecessarily broad, going beyond what is needed to accomplish the governmental objective. In determining whether a provision is overly broad and not in accordance with the principles of fundamental justice, it must be determined whether the means chosen to accomplish the provision's objectives are reasonably tailored to effect its purpose. Where legislation limits the liberty of an individual in order to protect the public, that limitation should not go beyond what is necessary to accomplish that goal."

18. The SCC ***Ravndahl v. Saskatchewan***[9] case distinguishes that personal claims under S. 24(1) of the Charter are subject to the provincial limitation period statutes, while any remedies flowing from S. 52 of the Charter are not personal remedies but rather remedies from which an affected person might benefit.

Personal claims for constitutional relief are claims brought as an individual *qua* individual for a personal remedy and must be distinguished from claims enuring to affected members generally under an action for a declaration that a law is unconstitutional. [16]

The Limitation of Actions Act applies to personal claims…

---

[8] ***R. v. Heywood*, [1994] 3 SCR 761, [1994] CanLII 34 (SCC)**

[9] ***Ravndahl v. Saskatchewan*, [2009] 1 SCR 181, 2009 SCC 7 (CanLII)**

The claim for a declaration of constitutional invalidity and, if granted, what remedies are to issue, is for the trial judge to determine. Any remedies flowing from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, would not be personal remedies but rather remedies from which the appellant, as an affected person, might benefit. [26]

19. **Alberta Civil Liberties Research Centre – Striking Down an Unconstitutional Law?** says:

"If you are seeking to have an unconstitutional law struck down, there is no limitation period. You can bring the action so long as the law is in force."

S. 15(1) AND S. 7 CHARTER VIOLATIONS FOR LTD HAVE OCCURRED

20. It must first be determined that violations of S. 15(1) and S. 7 have occurred. The often cited identical treatment of the LTD to other Nortel unsecured creditors actually produces "substantive inequality" as defined in ***Eldridge***[10].

"61. This Court has consistently held that s. 15(1) of the *Charter* protects against this type of discrimination. In *Andrews*, *supra*, McIntyre J. found that facially neutral laws may be discriminatory. "It must be recognized at once", he commented, at p. 164, ". . . that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality"; see also *Big M Drug Mart Ltd*., *supra*, at p. 347. Section 15(1), the Court held, was intended to ensure a measure of substantive, and not merely formal equality."

21. The **Law Commission of Ontario - Charter of Rights and Freedoms, 2016** also says that "a law applying in a uniform way, which, in implementation, has a disproportionately negative impact on "enumerated" classes of persons will be in violation of section 15." The Charter cites persons with mental or physical disability as an "enumerated" class for specific protection.

22. The Nortel Plan creates "discrimination" under S. 15(1) in the sense that they harm the LTD's dignity and fail to respect their full and equal membership in society, as defined in ***Gosselin***[11]**.** The CCAA judge's use of discretion to force a compromise and poverty on the LTD results in their exclusion and marginalization described in ***Granovsky***[12]**,** which is not within the values of our free and democratic society for persons with mental and physical disability that were expressly protected by the Charter.

---

[10] ***Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 SCR 624, 1997 CanLII 327 (SCC) P. 61**

[11] ***Gosselin v. Québec (Attorney General)*, [2002] 4 SCR 429, CanLII 84 (SCC) P. 18, 81**

[12] ***Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703,CanLII 28 (SCC) P. 30**

23. The Supreme Court, in *Eldridge, Gosselin* and *Granovsky***,** has already accepted that deprivation of economic rights to the extent of substantive inequality is a violation of S. 15(1) of the Charter. **Bruce Porter, 20 Years of Equality Rights- Reclaiming Expectations, 2002** says that Eldridge is about as clear a statement in support of the positive vision of equality presented by equality seekers as one could hope for…"

24. The Supreme Court has also already decided in ***Baker***[13] and ***Slaight***[14] that its interpretation of S. 7 deprivation of rights to life, liberty and security needs to be consistent with international human rights documents ratified by the Federal Government, such as the **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**[15] (ICESC) and **United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities**[16] (UNRPD.) Both of these international human rights documents ratified by Canada state that States Parties must recognize the right of persons with disabilities to an adequate standard of living for themselves and their families, including adequate food, clothing and housing.

25. The Supreme Court decided in ***Irwin Toy***[17] that all commercial economic rights do not have the protection of the Charter. It has, however, specifically indicated in *Irwin Toy* that it is open to a case on depletion of personal economic rights being a S. 7 deprivation of rights to life, liberty and security.

26. The LTD having their S. 7 Charter rights violated is not founded on the Charter imposing a positive obligation on the government to provide for a minimum standard of living to enable life, liberty and security. It is based on the government not making laws (or judges not using discretion enabled within laws) that result in the deprivation of life, liberty and security, as distinguished in *Gosselin.*

27. The **Law Commission of Ontario - Charter of Rights and Freedoms, 2016** provides S.7 interpretations for Liberty being the enjoyment of individual dignity and independence.

---

[13] ***Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, CanLII 699 (SCC) P. 69, 70**
[14] ***Ibid, Slaight Communications Inc. v. Davidson (SCC)***
[15] **International Covenant on Economic, Social and Cultural Right Articles, 4, 11, 12s**
[16] **United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities Articles 10, 14, 28**
[17] ***Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 SCR 927, CanLII 87 (SCC) P. 282**

WHAT ARE THE CHARTER TESTS FOR ACCEPTABLE LIMITATION OF LTD CHARTER RIGHTS?

28. In order for the S. 15(1) and S. 7 violations for disabled persons to be acceptable according to the SCC ***Oakes*** [18] decision, two central criteria must be met:

i) First, the statute's objective is of sufficient importance to warrant over-riding disabled persons' constitutionally protected rights;

ii) Second, the means of over-riding disabled persons' rights chosen to obtain the objective are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

29. There are three components to be satisfied in the second central criteria:

a) the measures adopted "must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective."

b) "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."

c) "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"" ***Big M Drug Mart***[19] also spoke of the need for proportionality.

30. *Oakes* defines the onus to prove a S.1 limitation on the party who is relying upon it and when the severity of deleterious impacts from Charter violations cannot be justified by the purposes it is intended to serve.

"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."

[18] ***Ibid, R v. Oakes*, (SCC) P. 64, 69, 70, 71**

[19] ***Ibid, R. v. Big M Drug Mart Ltd.*,(SCC) P. 139, 163**

> "Even if a statute's objective is of sufficient importance, and the 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."

JUDGE'S USE OF DISCRETION TO APPROVE NORTEL PLAN FAILS THE *OAKES* LIMITATION TESTS FOR THE LTD

31. The CCAA judge's use of discretion under the CCAA to approve the Nortel Plan does not meet the tests in the SCC *Oakes* decision. The first central criteria of the Oakes test passes as the SCC ***Century***[20] decision confirms there are important objectives for the CCAA to avoid the social and economic costs of liquidating a debtor's assets and paying its debts from the proceeds according to the BIA's priority rules. Restructuring or reorganization of the corporation with a court bound compromise of creditor claims is considered a way to avoid the social and economic costs of liquidation. This serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs.

32. However, the second central criteria of the *Oakes* test fails because the LTD compromise to the extent it violates LTD Charter rights must be demonstrably justified in a free and democratic society. All three of the *Oakes* components to pass the second criteria fail in the Nortel case:

a) Firstly, the LTD' compromise is not rationally connected to the objective of the CCAA.

- Nortel was liquidated and not restructured or reorganized as a going concern. There were social and economic benefits from Nortel selling its businesses to competitors, because the buyers took on employees, kept using trade suppliers, and continued to produce goods and services in the Canadian economy. However, full payment of the LTD claims would not have produced lower social or economic benefits by causing a disorderly or distressed sale of businesses. The **March 30, 2010 revised interim settlement agreement** that

[20] ***Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2010] 3 SCR 379, CanLII 60 (SC C) P. 12, 17, 18**

forces equal treatment of the LTD claims to other unsecured creditors, did not produce quicker or higher priced sales for Nortel businesses, as the small $ and % incremental amount owed to the LTD could not have impacted any sale process. Full payment of the LTD CCAA claims would be paid later from the business sales' proceeds, or deferred further to the Nortel Plan's final distribution.

- There is not a reasonable argument that the LTD's claims had to be equally compromised so that other creditor groups were more apt to negotiate a compromise and not petition the Applicants into bankruptcy under the Bankruptcy and Insolvency Act ("BIA"), where LTD claims are treated equally with all unsecured creditors. The $ and % incremental amount owed to the LTD was always de minimis relative to the expected Canada estate size, even at 2010 when the interim settlement agreement was being considered. The other creditors, including the bond holders, trade suppliers and pension plan members, had much more to lose from disruptive fire sale liquidation under the BIA than the incremental amount they would be paying for an LTD settlement that complies with the Charter.
- The Nortel liquidation occurred under the CCAA, which is an unconstitutional law to the extent of its judicial discretionary authority to violate LTD Charter rights, without a demonstrably justified limitation under S. 1. Having the liquidation occur under the BIA moves it to another unconstitutional law to the extent of its equal treatment of LTD claims, violating the same LTD Charter rights, without a demonstrably justified limitation under S. 1.

b) Secondly, the Nortel Plan does not impair the disabled Charter rights "as little as possible." The Nortel Canada estate has the money to not deprive substantial equality and not to deprive adequate income for housing, food, clothing and high medical and dental expenses of the LTD, while having a de minimis impact on other creditors.

c) Thirdly, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right and the benefits to society from meeting the CCAA's objective. There are no demonstrably justified incremental social and economic benefits exceeding the LTD's negative impacts from their Charter violations. More

importantly, *Oakes* says the severity of the deleterious effects of a person's Charter violation may be so great, that the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve under the Act. This is certainly so in the Nortel Plan's impact on the LTD.

CHARTER PROTECTS THE RIGHTS OF MINORITIES, AND PERSONS WITH DISABILITIES ARE AN EXPRESSLY PROTECTED GROUP

33. The values and principles essential to a free and democratic society described in the Charter are broader than the majority rules of Parliament and the majority rules in the CCAA for approval of settlements. This is established in ***Vriend***[21]**.** The Charter is intended to protect the rights of minorities and to be the supreme law of the people, especially for groups historically the target of prejudice and discrimination, such as minority French or English speaking persons, women and the mentally or physically disabled.

NO PRINCIPLES OF FUNDAMENTAL JUSTICE TO LIMIT DISABLED'S S. 7 CHARTER RIGHTS

34. As defined in ***Rodriguez***[22] there are no principles of fundamental justice to warrant the deprivation of disabled person Charter S. 7 rights in the CCAA process.

> "The expression "principles of fundamental justice" in s. 7 of the *Charter* implies that there is some consensus that these principles are vital or fundamental to our societal notion of justice. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also be legal principles."

OTHER NORTEL CREDITOR GROUPS DO NOT HAVE VIOLATIONS OF CHARTER RIGHTS

35. Other creditors in the Nortel Plan do not have their Charter rights violated. In ***Irwin Toy***[23] the Supreme Court has decided that economic rights of commercial and government

---

[21] ***Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493, [1998] CanLII 816 (SCC) P. 146, 176**

[22] ***Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 SCR 519, CanLII 75 (SCC)**

[23] ***Ibid, Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* (SCC) P. 282**

creditors do not have the protection of the Charter. Pensioners are not an expressed protected group in the Charter.

36. The Supreme Court, in ***Sun Indalex Finance***[24], has also decided that compromise of pensioners' economic rights may be necessary to achieve the CCAA's objectives; these persons are not impacted in respect to the Charter rights not to be deprived of substantive equality and deprived of life, liberty and security due to their safety net of both CPP and OAS and generally substantial pension plan under government regulation of defined benefit pension plans; and, the benefits of not paying in full multi-billion dollar pension plan deficits are significant to the CCAA objectives for restructuring, reorganizing and not liquidating the corporation. Long term disabled employees are a defined small number and minority of persons who are unfortunately struck by illnesses or accidents (typically less than 1% of the workforce), and are vulnerable because they cannot work to pay for basic living and high medical and dental expenses. Severed employees are not a minority and they are able to find new jobs.

37. The other creditor groups have to respect that the Charter is the supreme law of Canada and that the CCAA judge is obliged to implement it in respect to Canadian persons with mentally and physical disabilities, when limitation of their Charter rights is not demonstrably demonstrated in a free and democratic society under S. 1 of the Charter.

PRECEDENT FOR RECONSIDERATION OF ORDERS IN THE NORTEL CCAA PROCEEDING

38. J. Newbould and US J. Gross both set the precedent for reconsideration of orders they made in the Nortel joint CCAA and Chapter 11 proceedings in their **Ruling on Reconsideration Motions on July 6, 2015**[25]. In this order, US bond holders received permission to apply their full $3,936 million bond claims that were guaranteed by US Nortel Networks Inc.

---

[24] ***Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers,*** **[2013] 1 SCR 271, CanLII 6 (SCC) P. 2**

[25] ***Re Nortel Networks Corporation et al,*** **[2015] ONSC 4170, July 6, 2015 P. 23,44,45,46**

against the US estate. The **Nortel Allocation Decision May 12, 2015**[26] had permitted only the residual of the $3,936 million bond claims with guaranties not paid for by the Canada estate distribution to be applied against the US estate. The impact of the reconsideration decision was for the bond holders to get an additional distribution of US$208 million and imposing a 6% reduction in the recovery % for the other US creditors. See TABLE 5.

39. This reconsideration value to the bond holders had a much higher adverse impact on other creditors than the requested adjustment of the Nortel Plan and reconsideration of the March 30, 2010 revised interim settlement agreement for the LTD. The requested LTD adjustment and reconsideration costs the other Canada estate creditors just -0.8% lower recovery %. See TABLE 5.

REASONS FOR RECONSIDERATION OF THE MARCH 30, 2010 REVISED INTERIM SETTLEMENT AGREEMENT

40. Adjustment of the Nortel Plan in the manner requested requires the Ontario court to reconsider the equal treatment of unsecured creditors in the **March 30, 2010 revised interim settlement agreement**[3]**.** The final certain deleterious impact on LTD Charter violations from the Nortel Plan is sufficient grounds for the reconsideration of the interim settlement agreement and it would be fair to do so, since every other creditor group has fared better than this most vulnerable one and the court set the precedent for a significant reconsideration of a prior court order for bond holders that made them whole.

41. Furthermore, The **Sue Kennedy Affidavit, Feb. 23, 2010** had four seriously flawed arguments for supporting the March 30, 2010 revised interim settlement agreement, when it is considered in retrospect after taking into account developments in this CCAA proceeding between Feb. 2010 and today:

i) "..however, our counsel advised us that (i) there was no statutory obligation under the terms of the Trust Agreement which required Nortel to fund in full the HWT benefits." Point 41

[26] ***Nortel Networks Corporation (Re),*** **[2015] ONSC 2987, May 12, 2015**

a) J. Paul Perell decided there was a tenable constructive fraud claim in his **Justice Perell Decision on Holley v. Northern Trust and Royal Trust Feb. 11, 2014**[27]. If there was no unlawful conduct and no funding requirement within the HWT Trustee Agreement, there would be no tenable constructive fraud claim.

> [143] The problem for Ms. Holley, however, is that although she has pleaded a tenable constructive fraud claim, the claim is caught by the CCAA release.
>
> [148] … There may be a breach of contract or a breach of trust, or a constructive fraud, but there is no dishonesty or moral turpitude of the degree necessary to constitute common law fraud, which is a very serious tort precisely because it responds to genuine and not constructive dishonesty and moral turpitude.

ii) "There was the limited cash flow within the Canada estate" Point 52

a) The Nortel Canada estate has approximately Cdn$5,653 million available for distribution in 2017. At March 2010, the cash flow in the Canada estate was expected to improve substantially, first from the proceeds of the sale of the Ottawa campus in October 2010 at of US$208 million and later from the expected billions of dollars allocation to the Canada estate from business sales. In 2017, the Canada estate has a US$4,143 million allocation of the lock-box cash. See TABLE 5.

iii) "…we had achieved a good result and it the best outcome obtainable in the circumstances." Point 60

a) It cannot be a best outcome when only nine months of LTD benefits were paid in exchange for a broad legal release, without the full disclosure of evidence on the material issues affecting disabled persons. Adjustment to the Nortel Plan for full payment of the LTD income and medical and dental expense claims costs just 0.8% lower recovery %'s for the other creditors. The other Canadian creditors have a dramatically better final total financial position than the LTD. See TABLE 1 and TABLE 6.

iv) "… we traded away the right to file risky and uncertain litigation and the right to argue that the LTD beneficiaries should be in a separate class or have priority in any CCAA Plan,

[27] ***Holley v. The Northern Trust Company, Canada,*** **[2014] ONSC 889, Feb. 11, 2014 P. 143, 148**

for guaranteed money and benefits for a one year period, while we sort out our futures. We did not give up our claims …the rights of the LTD beneficiaries to object to any CCAA Plan." Point 60

a) Nine months of benefits as the quid pro quo for concession of legal rights did not enable the LTD to sort out their futures; rather it doomed their futures to live in poverty. While the dissenting LTD suspected they were being forced into poverty at the time of the March 30, 2010 interim settlement decision and the November 2010 HWT settlement decision, they now know with certainty the severity of the deleterious impact of the Nortel Plan's compromise on the LTD.

b) The dissenting LTD opposition to the interim settlement agreement and the HWT fraud litigation was unsuccessful, but this was without the court considering the merit of the alleged wrongdoing claims based on the full body of HWT evidence and a trial.

- The court did not implement **Rule 7.08(4) of the Rules of Civil Procedure for the Ontario Courts**[28] as interpreted in **Rivera v. LeBlond**[29] on settlements with disabled persons. All three aspects of this Rule for settlements with disabled persons were not met: (i) intentional denial of evidence **by the Court Monitor** and **Court**[30] that is not full disclosure of evidence regarding the material issues affecting disabled persons;
- Tthe disabled representative legal counsel, Court Monitor and Court not conducting an appropriate investigation and assessment on the alleged wrongdoings of misrepresentations, breach of trust, constructive trust, constructive fraud (or fraud) harming the disabled persons, although a trial is not necessary under this Rule provided sufficient evidence has been submitted to enable the court to make the required assessment.
- No disclosure of the legal fees of lawyers representing the disabled persons.

c) **J. Perell summarily dismissed the HWT fraud class**[31] action for three reasons: (i) his assessment that the settlement agreement legal release covered constructive fraud and that J. Morawetz knew about the constructive fraud at the time he approved the settlement

[28] **Rule 7.08(4) of the *Rules of Civil Procedure for the Ontario Courts***
[29] ***Rivera v. LeBlond*, [2007] CanLII 7396 (ON SC) P. 19, 23, 24, 25, 26, 27, 30**
[30] ***Nortel Networks Corporation (Re)*, [2010] ONSC Transcript, March 3-5, 2010 Pg. 20 P. 2 0**
[31] ***Ibid, Holley v. Northern Trust, Canada*, ONSC**

agreement; (ii) the HWT fraud class action was filed six months too late based on his interpretation that the limitation period began at the time of the interim settlement agreement February 2010 disclosure of the HWT 2008 financial statement (**Court of Appeal of Ontario agreed to the summary dismissal**[32] for this reason); and, (iii) the fraud claim had no possibility of success as there was no dishonesty in the trustee actions. The HWT fraud class action was summarily dismissed before the body of HWT evidence was submitted and without a trial on the substantive issues of merit.

d) The court's rush to approve the interim settlement with the LTD in 2010 in order to be expeditious in its administration of the Nortel CCAA proceeding looks unreasonable in retrospect in the context of this Nortel CCAA proceeding taking six more years after the interim settlement agreement. There have been countless mediations, trials, reconsideration of the bond allocation and appeals on the allocation of the lock-box assets. During this extensive delay, there was court approval of US$3 billion cross-border claims against the Canada estate for the benefit of the US creditors, including the bond holders, and the UK Pension Protection Fund. These cross-border claim decisions and the cross-border bond guaranties, are the main reasons why the May 12, 2015 allocation decision was a modified pro-rata decision, resulting in the Canada estate getting such a low recovery % compared to the US and UK estate creditors. The LTD is the worst impacted group by the cross-border claims and the six year delay when considering that the combined HWT and CCAA settlements deprive the LTD of substantive equality and adequate income for housing, food, clothing and high medical and dental expenses.

[32] ***Holley v. Northern Trust, Canada,*** **[2014] ONCA 719, Oct. 21, 2014 P. 12, 13, 14, 15**

A

Court File No. 09-CL-7950

ONTARIO
SUPERRIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)

IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF NORTEL NETWORKS CORPORATION, NORTERL NETWORKS LIMITED, NORTEL NETWORKS GLOBAL CORPORATION, NORTEL NETWORLS INTERNATIONAL CORPORATION AND NORTEL NETWORKS TECHNOLOGY CORPORATION

APPLICATION UNDER THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

Affidavit of DIANE A. URQUHART

I, DIANE A. URQUHART, an independent financial analyst, of the City of Mississauga, in the Province of Ontario, **SOLEMNLY AFFIRM AS FOLLOWS:**

1. I prepared TABLES 1 to 8 in this affidavit at the request of Greg McAvoy and Jennifer Holley, two Nortel long term disabled former employees.

2. TABLES 1 to 8 contain my calculations for the absolute and relative impact on the LTD of the Nortel CCAA Plan of Arrangement and Compromise. The sources of disclosure are listed at the bottom of each table.

3. I have served before as a financial expert before the Ontario Superior Court of Justice in the Non Bank Asset Backed Commercial Paper CCAA proceeding, the CIBC Misrepresentation Class Action proceeding, and this Nortel CCAA proceeding.

4. I swear this affidavit for the purpose of Greg McAvoy and Jennifer Holley making reference to it in their Submission for the Anticipated January 24, 2017 Fairness Hearing to Sanction the Nortel CCAA Plan.

AFFIRMED BEFORE ME at the
City of Mississauga, Province of Ontario,
this 12th day of January, 2017

Diane Urquhart
DIANE URQUHART

A COMMISSIONER FOR TAKING
OATHS IN ONTARIO

Robert Aubin
Barrister & Solicitor
Notary Public & Commissioner of Oaths
in and for the Province of Ontario
My commission is of unlimited duration.
No legal advise given.

Red Seal Notary Inc.
50 Burnhamthorpe Rd. W #401
Mississauga, ON L5B 3C2
Tel: 416-922-7325

TABLE 1: NORTEL CREDITORS' RECOVERY %'S

Nortel Bankruptcy Recovery %'s = Cents on the Dollar of Claim	Recovery % Low	High
Canada [1]	45	49
US Bond Holders	98	100
US Pensioners		100
US Pension Benefit Guaranty Corporation		81
US Other Unsecured Creditors	55	61
UK Pensioners		100
UK Pension Protection Fund (DU Estimate)		54
UK /EMEA Other Unsecured Creditors (DU Estimate)		46
Global	70	

Sources:
Nortel CCAA Information Circular Nov. 30, 2016
Nortel Chapter 11 Disclosure Docket 17502 Dec. 1, 2016
Pensions & Investments - PBGC reaches settlement with Nortel …, Dec. 22, 2016
UK High Court of Justice Approved Judgement Nov. 3, 2016
Nortel UK Pension Plan Accounts March 31, 2009

Note (1)
* Canada Canadian dollar denominated claims
Canada US dollar denominated claims 42 45

Prepared by Diane Urquhart

TABLE 2: NORTEL CANADIAN LONG TERM DISABLED COMBINED HWT AND CCAA SETTLEMENTS

Nortel Canadian Long Term Disabled	Aggregate	In Aggregate				
Canadian Dollars Millions	Act. Liab.	HWT Settlement	CCAA Settlement (1)	Loss	Loss %	Settlement %
		38%	45%			
Income Actuarial Liability	79.9	30.4	22.3	27.2	34%	66%
Medical Expenses Actuarial Liability	29.7	0.0	13.4	16.3	55%	45%
Combined	109.6	30.4	35.7	43.6	40%	60%

Nortel Canadian Long Term Disabled		Per Person					
Canadian Dollars	# Persons (2)	Act. Liab.	HWT Settlement	CCAA Settlement	Loss	Loss %	Settlement %
			38%	45%			
Income Actuarial Liability	357	223,810	85,048	62,443	76,319	34%	66%
Medical Expenses Actuarial Liability	360	82,500	0	37,125	45,375	55%	45%
Combined		306,310	85,048	99,568	121,694	40%	60%

Sources:

Nortel HWT Illustrative Allocation Scenarios - Revised

Nortel CCAA Information Circular Nov. 30, 2016

Monitor's Report 99th Nov. 13, 2013

Appendix C- Mercers Actuarial Report for LTD and Other Plans 2010

Note (1):

At the upper end of CCAA recovery %			49%			
Income Actuarial Liability	79.9	30.4	24.3	25.3	32%	68%
Medical Expenses Actuarial Liability	29.7	0.0	14.6	15.1	51%	49%
Combined	109.6	30.4	39.3	40.4	37%	63%

(2) There are also 158 spouses and 160 children covered for benefits (85 members with children)

Prepared by Diane Urquhart

TABLE 3: NORTEL CANADIAN LONG TERM DISABLED CAPITAL AND INCOME OVER TIME

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030
KEY ASSUMPTIONS																					
CPI - Mercers	2.4%	2.3%	0.8%	1.2%	1.5%	1.4%	1.5%	1.8%	1.8%	1.8%	1.8%	2.5%	2.5%	2.5%	2.5%	2.5%	2.5%	2.5%	2.5%	2.5%	2.5%
Medical Inflation - Mercers		8.4%	8.2%	8.0%	7.8%	7.6%	7.4%	7.2%	7.0%	6.8%	6.6%	6.4%	6.2%	6.0%	5.8%	5.6%	5.4%	5.2%	5.0%	5.0%	5.0%
Dental Inflation - Mercers		4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%	4.8%
Investment Return		1.01%	0.95%	0.78%	1.13%	0.82%	0.82%	1.3%	1.8%	2.3%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%	2.8%
Age	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65
Pre- Disability Income	60,000																				
Disability Income Coverage	70%																				
HWT + CCAA SETTLEMENTS WITH 6 YEAR DELAY ON CCAA SETTLEMENT																					
Settlement Capital		85,048						99,568													
Capital Beginning of Year		85,048	58,033	29,919	868	-29,404	-60,750	6,227	-26,948	-61,904	-99,052	-138,844	-181,241	-226,361	-274,324	-325,253	-379,271	-436,506	-497,083	-561,133	-628,823
Capital Income		859	551	233	10	-241	-498	82	-490	-1,436	-2,793	-3,915	-5,111	-6,383	-7,736	-9,172	-10,695	-12,309	-14,018	-15,824	-17,733
Nortel Disability Income	28,328	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CPP Disability Income	13,672	13,986	14,098	14,555	14,773	15,175	15,490	15,763	16,041	16,323	16,611	17,025	17,448	17,883	18,328	18,785	19,252	19,732	20,223	20,727	21,243
Combined Income	42,000	14,845	14,650	14,788	14,783	14,934	14,992	15,845	15,550	14,887	13,818	13,109	12,337	11,500	10,592	9,612	8,557	7,422	6,205	4,903	3,510
Medical Expenses	6,186	6,705	7,255	7,836	8,447	9,089	9,761	10,464	11,197	11,958	12,747	13,563	14,404	15,268	16,154	17,059	17,980	18,915	19,860	20,853	21,896
Dental Expenses	1,750	1,833	1,920	2,011	2,106	2,206	2,311	2,421	2,536	2,657	2,783	2,915	3,053	3,198	3,350	3,509	3,676	3,851	4,034	4,225	4,426
Medical & Dental Exp.	7,935	8,538	9,175	9,847	10,553	11,295	12,073	12,885	13,733	14,615	15,530	16,478	17,458	18,467	19,504	20,568	21,656	22,766	23,894	25,079	26,322
Other Expenses	32,573	33,322	33,589	33,992	34,502	34,985	35,510	36,135	36,772	37,420	38,080	39,028	40,000	40,996	42,017	43,063	44,135	45,234	46,360	47,515	48,698
Net Loss	1,491	-27,015	-28,114	-29,050	-30,272	-31,346	-32,591	-33,176	-34,955	-37,148	-39,792	-42,397	-45,120	-47,963	-50,929	-54,019	-57,234	-60,577	-64,049	-67,691	-71,510
WITHOUT BANKRUPTCY																					
Settlement Capital		0						0													
Capital Beginning of Year		0	9,383	18,839	28,613	38,534	48,612	58,830	69,388	80,392	91,955	104,200	116,721	129,519	142,595	155,950	169,586	183,502	197,700	212,178	226,938
Capital Income		0	89	147	323	316	399	777	1,263	1,865	2,593	2,938	3,292	3,652	4,021	4,398	4,782	5,175	5,575	5,983	6,400
Nortel Disability Income	28,328	28,719	28,857	29,065	29,326	29,572	29,839	30,154	30,473	30,795	31,121	31,586	32,058	32,537	33,023	33,516	34,017	34,525	35,041	35,564	36,096
CPP Disability Income	13,672	13,986	14,098	14,555	14,773	15,175	15,490	15,763	16,041	16,323	16,611	17,025	17,448	17,883	18,328	18,785	19,252	19,732	20,223	20,727	21,243
Combined Income	42,000	42,705	43,044	43,766	44,423	45,064	45,727	46,693	47,776	48,984	50,325	51,549	52,798	54,072	55,372	56,698	58,051	59,432	60,839	62,274	63,738
Medical Expenses	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Dental Expenses	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Medical & Dental Exp.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Other Expenses	32,573	33,322	33,589	33,992	34,502	34,985	35,510	36,135	36,772	37,420	38,080	39,028	40,000	40,996	42,017	43,063	44,135	45,234	46,360	47,515	48,698
Net Loss	9,427	9,383	9,455	9,774	9,921	10,079	10,217	10,558	11,004	11,563	12,245	12,521	12,798	13,076	13,355	13,636	13,916	14,197	14,479	14,760	15,040

Sources:
Bank of Canada Consumer Price Index
Bank of Canada Guaranteed Investment Certificate 1-Year V122524
Nortel HWT Illustrative Allocation Scenarios - Revised
Nortel CCAA Information Circular Nov. 30, 2016
Monitor's Report 99th Nov. 13, 2013
Appendix C- Mercers Actuarial Report for LTD and Other Plans 2010
Prepared by Diane Urquhart

TABLE 4: NORTEL CANADIAN LONG TERM DISABLED REASONABLE EXPENSES EXCLUDING MEDICAL AND DENTAL EXPENSES

Average Household Expenditure (Canada)		Ex Health Care Per Person	
Year	2014	2014	
Number of Persons Per Household 2011		2.5	
Food expenditures	8,109	3,244	
Shelter	17,160	17,160	Not prorated
Household operation	4,393	4,393	Not prorated
Household furnishings and equipment	2,067	827	
Clothing and accessories	3,503	1,401	
Transportation	11,891	4,756	
Health care	2,251	0	
Personal care	1,207	483	
Recreation	3,843	1,537	
Education	1,502	0	
Reading materials and other printed matter	144	58	
Tobacco products and alcoholic beverages	1,222	0	
Games of chance	156	0	
Miscellaneous expenditures	1,608	643	
Income taxes	14,867	0	
Personal insurance payments and pension contributions	4,871	0	
Gifts of money, alimony and contributions to charity	1,934	0	
Sum	**80,728**	**34,502**	

Source:

Statistics Canada, CANSIM, table **203-0021** and Catalogue no. **62F0026M**.

Last modified: 2016-04-06.

Prepared by Diane Urquhart

TABLE 5: IMPACT ON OTHER CREDITORS OF BOND HOLDERS AND LTD RECONSIDERATIONS

IMPACT OF RECONSIDERATION FOR BOND OWNERS

US $ Millions				Bond Payments					
	Bonds	US Ratio	US Claims Tot.	US	Canada	SUM	US Limit	Tot. Limit	Recovery
@ 100% of Bond Claim	3,936	61%	5,459	2,409	1,771	4,180	2,165	3,936	100%
@ 55% of Bond Claim	2,165	91%	3,688	1,961	1,771	3,732	1,961	3,732	95%
Impact of Reconsideration				448		448	204	204	

IMPACT OF RECONSIDERATION FOR LTD COMPARED TO BOND OWNERS

%	US Estate	Canada Estate	Cost of Reconsideration Bonds	Disabled
US $	3,341	4,244	204	
Cdn$	4,450	5,653		44
% of Local Estate			6.1%	0.8%

Notes:

Cdn$/US$ 1.332

Prepared by Diane Urquhart

TABLE 6: NORTEL CANADIAN LONG TERM DISABLED COMPARED TO PENSIONERS

	HWT %	CCAA %	Combined %	Max. CPP/OAS Income	
LTD Plan		45%			
HWT Income	38%	28%	66%	$15,763	
Medical and Dental Expenses	0%	45%	45%	$7,291	LTD M & D

Pension Plans	Pension Plan %	CCAA %	Combined %	Max. CPP + OAS	
		45%			
Ontario Nortel Pension <= $12,000	100%	0%	100%	$20,312	
Ontario Nortel Pension Portion > $12,000	78%	10%	88%	$20,312	
Nova Scotia	67%	15%	82%	$20,312	
Other	57%	19%	77%	$20,312	
Medical and Dental Expenses	0%	45%	45%	$1,961	Pensioners M & D

Sources:

LTD Life
Pensioners Life

CPP and OAS Maximum Benefits 2016

Nortel HWT Illustrative Allocation Scenarios - Revised

Appendix C- Mercers Actuarial Report for LTD and Other Plans 2010

Nortel Negotiated Pension Plan Webinar Nov. 26, 2015

Nortel Managerial Pension Plan Webinar Nov. 24, 2016

Notes:

Comparison of HWT & Pension Plan Funding Canadian $ Millions	# of Members Receiving Income	Pre OPGF Assets	Liabilities	Pre OPBG Deficit	Pre OPGG Funding %	OPBG Payment	Ontario Funding %	Nova Scotia Funding %
Managerial Pension Plan	6,500	1,762	3,110	-1,348	56.64%	287	77.12%	66.00%
Negotiated Pension Plan	6,000	760	1,280	-520	59.38%	97	79.59%	69.00%
Two Pension Plans	12,500	2,522	4,390	-1,868	57.44%	384	77.84%	66.87%

August 2011 – Managerial Plan Pensions cut back to est. funded ratio of 70% for Ontario service, and 59% for other provinces (later adjusted to 66% for Nova Scotia service).

August 2011 – Negotiated Plan Pensions cut back to est. funded ratio of 75% for Ontario service, and 57% for other provinces (later adjusted to 69% for Nova Scotia service).

Jan. 1, 2010 - LTD disability Income reduced to zero, upon 38% HWT settlement.

Prepared by Diane Urquhart

TABLE 7: BANKRUPTCY PROFESSIONAL FEES AND DISBURSEMENTS

Nortel Bankruptcy Professional Fees				
		US $ Millions	**Cdn $ Millions**	
Canada	**Jan. 14, 2009 to Sept. 10, 2016**	**524**	**698**	**27%**
U.S.	**Jan. 14, 2009 to Aug. 30, 2016**	**685**	**912**	**35%**
U.K. (Inc. 18 EMEA Entities)	**Jan. 14, 2009 to July 13, 2016**	**729**	**970**	**38%**
Total Professional Fees		**1937**	**2580**	**100%**

Sources:

U.S. Debtor-In-Possession Monthly Operating Reports for Feb. 2009 to August 2016

Ernst & Young Canada Court Monitor Report Numbers 8, 15,16, 25, 33, 35, 43, 50, 55, 59, 70, 78, 84, 87, 89, 91, 94, 98, 103, 104, 108, 114, 121, 127, 129 (to Sept. 10, 2016)
U.K. Joint Administrators Progress Reports Aug. 8, 2016 (to July 13, 2016)

Bankruptcy Fees & Disbursement %'s		**Global Estate US $ M.**	**Canada Estate Cdn $ M.**	
Percentage of Peak Assets	**18%**	**10,500**	**11%**	**6,351**
Percentage of Current Assets	**23%**	**8,464**	**12%**	**5,653**
Canadian $ Per US $			**Jan. 4, 2017**	**1.3320**

Prepared by Diane Urquhart

TABLE 8: EXECUTIVE RETENTION BONUSES

Court Document	Date Approved		Period	US $ M
US Debtors' Motion Feb. 27, 2009	March 11, 2009	KEIP	2009	23.0
Monitor's Report 4th, March 2, 2009	March 11, 2009	KERP	2009	22.0
CBC Investigation Undisclosed Bonuses	Nov. 28, 2009		2009	7.5
US Debtors' Motion Feb. 11, 2010	March 4, 2010	Special Incentive Plan	2010&2011	92.4
Monitor's Report 37th Feb. 11, 2010	March 4, 2010	Reserve Plan	2010&2011	7.0
	March 4, 2010	Discretionary Plan	2010&2011	20.0
	March 4, 2010	Special Employee Agreements	2010&2011	4.5
Monitor's Report 78th Dec. 7, 2011	Dec. 14, 2011	Retention Plan	2012	3.9
Debtors' Motion Oct. 25, 2011	Nov. 14, 2011	Incentive Plan	2012	3.5
		Special Employee Agreements	2012	1.0
Monitor's Report 89th Oct. 24, 2012	Oct. 30, 2012	Retention Plan	2013	1.4
Debtors' Motion Dec. 19, 2012		Incentive Plan	2013	1.1
		Special Employee Agreements	2013	0.8
Monitor's Report 98th Oct. 22, 2013	Oct. 29, 2013	Retention Plan	2014	0.9
Monitor's Report 108th Sept. 24, 2014	Oct. 2, 2014	Retention Plan	2015	0.5
Monitor's Report 121st Sept. 22, 2015	Oct. 1, 2015	Retention Plan	2016	0.5
Monitor's Report 129th Sept. 23, 2016	Sept. 29, 2016	Retention Plan	2017	0.5
TOTAL US $ MILLIONS				190.0
CDN$/US$	Jan. 4, 2017			1.3320
CDN $ MILLIONS				253.1

Prepared by Diane Urquhart

2

CITATION: Re Nortel Networks Corporation et al, 2017 ONSC 700
COURT FILE NO.: 09-CL-7950
DATE: 20170130

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
COMMERCIAL LIST

RE: **IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. c-36, AS AMENDED**

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF NORTEL NETWORKS CORPORATION, NORTEL NETWORKS LIMITED, NORTEL NETWORKS GLOBAL CORPORATION, NORTEL NETWORKS INTERNATIONAL CORPORATION and NORTEL NETWORKS TECHNOLOGY CORPORATION

APPLICATION UNDER THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

BEFORE: Newbould J.

COUNSEL: *Benjamin Zarnett, Jay A. Carfagnini, Joseph Pasquariello and Christopher G. Armstrong*, for the Monitor

Jennifer Stam, for the Canadian Debtors

R. Paul Steep, for Morneau Sheppell and the Canadian Creditors Committee

Mark Ziegler and Barbara Walancik, representative counsel for the Canadian former employees and LTD beneficiaries

Barry E. Wadsworth, for active, retired and disabled employees represented by Unifor

Max Starnino, for the Pension Benefit Guarantee Fund

Matthew Urback, for the Canadian continuing employees

Scott Bomhof and Adam Slavens, for the U.S Debtors

R. Shayne Kukulowicz and M. Wunder, for the U.S. Unsecured Creditors' Committee

Michael E. Barrack and D.J. Miller, for the UKPC

Gavin H. Finlayson, for the Ad Hoc Bondholders Group

John Salmas, for Wilmington Trust, National Association, Trustee

Joseph Greg McAvoy, in person

Jennifer Holley, in person

HEARD: January 24, 2017

ENDORSEMENT

[1] On January 24, 2017, a joint hearing of this Court and the U.S. Bankruptcy Court for the District of Delaware was held to deal with motions for the sanctioning of plans of arrangement effecting a settlement by all major parties of the allocation dispute regarding the $7.3 billion held in escrow since the sale of the Nortel assets. At the conclusion of the hearing, I granted the motion of the Monitor to sanction the Canadian Debtors' Plan of Compromise and Arrangement (the "Plan") and to release the escrowed sale proceeds in accordance with the settlement, for reasons to follow[1]. These are my reasons.

Background

[2] The Canadian Nortel Debtors, along with the U.S. Nortel Debtors, EMEA Nortel Debtors, and certain of their respective key stakeholder groups were party to protracted litigation in the Canada and U.S. regarding the allocation of the $7.3 billion in sale proceeds (the "Sale Proceeds"). Following a 21-day cross-border trial, this Court and the U.S. Bankruptcy Court issued decisions with respect to the allocation of the sale proceeds in May 2015. The decision of this Court later became final when the Ontario Court of Appeal refused leave to appeal. The decision of Judge

[1] Judge Gross also sanctioned the U.S. plan of arrangement and signed at the hearing the necessary orders to effect the plan.

Gross in the U.S. Bankruptcy Court was appealed by the U.S. interests to the 3rd Circuit District Court. Mediation was directed by that Court.

[3] Following extensive negotiations, on October 12, 2016, the Canadian Debtors, Monitor, U.S. Debtors, EMEA Debtors, EMEA Non-filed Entities, Joint Administrators, NNSA Conflicts Administrator, French Liquidator, Bondholder Group, the members of the CCC, the UCC, the U.K. Pension Trustee, the PPF, the Joint Liquidators and the NNCC Bondholder Signatories executed the Settlement and Support Agreement. The Settlement and Support Agreement, among other things:

(a) contains the terms of settlement of the allocation dispute, including the payment of 57.1065% of the Sale Proceeds to the Canadian Debtors (being in excess of $4.1 billion), plus an additional amount of $35 million on account of the M&A Cost Reimbursement;

(b) resolves a number of significant claims against the Canadian Debtors, including the claims of the Crossover Bondholders, the UKPI and the Canadian Pension Claims;

(c) contemplates the substantive consolidation of the Canadian Debtors into the Canadian Estate;

(d) provides that the Canadian Estate will retain the value of its remaining assets, which means, among other things, the release to the Canadian Estate of approximately $237 million from the Canada Only Sales and additional amounts held on account of IP address sales;

(e) provides for the exchange of comprehensive releases among the Estates and the other parties to the Settlement and Support Agreement; and

(f) contains the framework for the development and implementation of coordinated plans of arrangement in Canada and the U.S., and a timeline for the approval and implementation thereof.

[4] The Plan provides for a comprehensive resolution of these CCAA Proceedings and implementation of the Settlement and Support Agreement and paves the way for distributions to creditors in a timely manner. The Plan provides for, among other things, the following:

(a) substantive consolidation of the Canadian Debtors into the Canadian Estate;

(b) the payment in full of certain Proven Priority Claims and other payments contemplated by the Plan;

(c) a compromise of all Affected Unsecured Claims in exchange for a *pro rata* distribution of the cash assets of the Canadian Estate available for distribution to Affected Unsecured Creditors, and the full and final release and discharge of all Affected Claims;

(d) the subordination of Equity Claims such that Equity Claimants and holders of Equity Interests will not receive a distribution or other recovery under the Plan;

(e) authorization for the Canadian Debtors and Monitor to direct the Escrow Agents to effect the allocation and distribution of the Sale Proceeds contemplated by the Settlement and Support Agreement and to otherwise implement the Settlement and Support Agreement, including the giving and receiving of the Settlement and Support Agreement Releases;

(f) release of all amounts held by NNL pursuant to the Canadian Only Sale Proceeds Orders or held as Unavailable Cash to the Canadian Estate;

(g) the establishment of certain reserves for the ongoing administration of the Canadian Estate and in respect of Unresolved Claims; and

(h) the release and discharge of all Affected Claims and Released Claims as against, among others, the Canadian Debtors, the Directors and Officers and the Monitor.

[5] On December 1, 2016, a meeting order was made which authorized the Monitor to call and hold a meeting of Affected Unsecured Creditors to consider and vote on the Plan. The Creditors' Meeting was held on January 17, 2017. The Plan was approved by an overwhelming majority of Affected Unsecured Creditors voting at the meeting in person or by proxy, with 99.97% in number and 99.24% in value voting to approve the Plan.

Analysis

[6] Section 6 of the CCAA provides for a plan to be sanctioned by a court if approved by a vote of creditor as required by that section. It provides, in part:

> 6. Where a majority in number representing two-thirds in value of the creditors, or class of creditors, as the case may be, present and voting either in person or by proxy at the meeting or meetings thereof respectively held pursuant to sections 4 or 5, or either of those sections, agree to any compromise or arrangement either as proposed or altered or modified at the meeting or meetings, the compromise or arrangement may be sanctioned by the court, and if so sanctioned is binding
>
> (a) on all the creditors or the class of creditors, as the case may be, and on any trustee for any such class of creditors, whether secured or unsecured, as the case may be, and on the company; ...

[7] The general requirements for Court approval of a CCAA plan are well established:

a. there must be strict compliance with all statutory requirements;

b. all material filed and procedures carried out must be examined to determine if anything has been done or purported to be done which is not authorized by the CCAA; and

c. the plan must be fair and reasonable.

See *Canadian Airlines Corp, Re*, 2000 ABQB 442 at para. 60, leave to appeal refused 2000 ABCA 238, leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 60; *Olympia & York Developments Ltd. (Re),*(1993), 17 C.B.R. (3d) 1; *Cline Mining Corp., Re*, 2015 ONSC 622 at para. 19.

[8] It is clear that there has been compliance with all statutory requirements and that nothing has been done or purported to be done which is not authorized by the CCAA. The meeting of creditors was properly called and held, a sufficient vote of creditors as required by section 6 of the CCAA was obtained and equity interests do not receive any payment under the Plan.

[9] Whether a plan is fair and reasonable is necessarily shaped by the unique circumstances of each case within the context of the CCAA. See *Canadian Airlines* at para. 94. I am satisfied that the Plan in this case is fair and reasonable for the following reasons:

(i) The Plan was a compromise reached among all of the parties after extensive negotiations led by a very experienced mediator.

(ii) The Plan received approval from 99.7% of the creditors. This overwhelming number of creditors cannot be ignored as they are the only persons affected by the Plan. There is no equity participation as there is no equity in Nortel. I agree with what Blair. J. (as he then was) said in *Olympia & York Developments Ltd. (Re)*;

> 36 One important measure of whether a plan is fair and reasonable is the parties' approval of the Plan, and the degree to which approval has been given.
>
> 37 As other courts have done, I observe that it is not my function to second guess the business people with respect to the "business" aspects of the Plan, descending into the negotiating arena and substituting my own view of what is a fair and reasonable compromise or arrangement for that of the business judgment of the participants. The parties themselves know best what is in their interests in those areas.

(iii) If the Plan is not sanctioned, the likely result will be further delays from litigation in the U.S. on the appeals from the allocation decision. Delays in payments to persons, whom Mr. Wadsworth aptly described as desperately needing the payments, would be very unfair.

(iv) Further litigation would add to the costs of the Nortel insolvency, costs which are already enormous, and take away amounts to be paid to the creditors, all of whom have approved the Plan.

(v) The Plan calls for payment to creditors on a *pari passu* basis, which is the bedrock of Canadian insolvency law.

(vi) The Plan calls for the substantive consolidation of the Canadian Debtors into a single estate. In this case, the consolidation is fair and reasonable. The Canadian Debtors were highly integrated and intertwined. Many obligations of a Canadian Debtor, including nearly $4 billion of bond debt, are guaranteed by another Canadian Debtor and the vast majority of claims filed against the Canadian Debtors by quantum have been asserted against two or more of the Canadian Debtors. Substantive consolidation eliminates the possibility of any further litigation regarding the specific dollar amount that could be allocated to each Canadian Debtor.

(vii) The releases in the Plan in favour of each of the Canadian Debtors, the directors and officers, the Monitor and the Monitor's legal counsel, each of whom have been integrally involved in the CCAA Proceedings, are fair and reasonable, are directly connected to the objectives of the Plan, and assist in bringing finality to these long running proceedings. These releases have been approved by the relevant parties.

Objecting long term disability claimants

[10] There are two LTD objectors being Mr. Greg McAvoy and Ms. Jennifer Holley. They are self-represented persons in this proceeding. They filed thoughtful submissions and made thoughtful oral presentations. They state that the Plan is unfair and unreasonable for the LTD Beneficiaries and have requested that $44 million be set aside and paid to the LTD Beneficiaries in full satisfaction of amounts owing to them.They raise *Charter* issues.

[11] While I have every sympathy for these objectors, as do all of the parties who appeared and spoke at the hearing, I am afraid that they have no basis to make the request that they are making.

[12] On July 30, 2009 a representation order ("LTD Rep Order") for disabled employees was made. Pursuant to the order an LTD representative, Ms. Susan Kennedy, was appointed as Representative of the LTD Beneficiaries in the CCAA proceedings, including, without limitation,

for the purpose of settling or compromising claims by the LTD Beneficiaries in the CCAA proceedings. Pursuant to the LTD Rep Order, LTD Beneficiaries had the option to opt-out of representation by the LTD Rep within 30 days of mailing of notice of the LTD Rep Order to them in mid-2009. Neither of the LTD Objectors (or any other LTD Beneficiary) elected to opt out of representation by the LTD Rep pursuant to the terms of the LTD Rep Order and thus are bound by it and the actions of the LTD Rep.

[13] In 2010, certain of the Canadian Debtors, the Monitor, the Representatives (including the LTD Rep) and Representative Counsel entered into an Amended and Restated Settlement Agreement dated March 30, 2010 (the "Employee Settlement Agreement") which was approved by this Court in its Settlement Approval Order dated March 31, 2010.

[14] Pursuant to the Employee Settlement Agreement and the Settlement Approval Order:

(i) the Canadian Debtors agreed to continue paying LTD benefits to LTD Beneficiaries for the remainder of 2010;

(ii) the Canadian Debtors agreed to establish a CA$4.3 million fund pursuant to which CA$3,000 termination payments were made to former employees, including the LTD Objectors;

(iii) claims of LTD Beneficiaries were agreed to rank as ordinary unsecured claims on a *pari passu* basis with the claims of the ordinary unsecured creditors of the Canadian Debtors;

(iv) the Representatives (including the LTD Rep) agreed, on behalf of those they represent and on their own behalf, that in respect of any funding deficit in the HWT or any HWT related claims in these CCAA proceedings they would not advance, assert or make any claim that any HWT claims are entitled to any priority or preferential treatment over ordinary unsecured claims and that to the extent allowed against the Canadian Debtors, such HWT claims would rank as ordinary unsecured claims on a *pari passu* basis with the claims of the ordinary unsecured creditors of the Canadian Debtors;

(v) the Representatives (including the LTD Rep) agreed on their own behalf and on behalf of the Pension HWT Claimants (as defined in the Employee Settlement Agreement) that under no circumstances shall any CCAA plan be proposed or approved if, among other things, the Pension HWT Claimants and the other ordinary unsecured creditors of the Canadian Debtors do not receive the same *pari passu* treatment of their allowed ordinary unsecured claims against the Canadian Debtors pursuant to the Plan.

[15] Certain LTD Beneficiaries, including the individual LTD Objectors, unsuccessfully sought leave to appeal the Settlement Approval Order to the Ontario Court of Appeal. The Settlement Approval Order is no longer capable of appeal. Accordingly, the LTD Objectors are bound to the provision that their claims are to rank as unsecured claims that share *pari passu* with other unsecured claims against the Canadian Debtors, that any claim for priority treatment has been released, and that no plan could be proposed or approved if the LTD Beneficiaries and other unsecured creditors did not receive the same *pari passu* treatment of their allowed claims pursuant to such plan.

[16] The LTD Objectors in their brief stated that they exercise their option to opt out of the LTD Rep Order. Unfortunately, they have no right to do so at this late stage.

[17] In making the Settlement Approval Order, Morawetz J. (as he then was) came to the conclusion that the settlement was fair and reasonable. He stated in *Nortel Networks Corp. (Re)* (2010), 66 C.B.R. (5th) 77:

> 40 The Amended and Restated Settlement Agreement is not perfect but, in my view, under the circumstances, it balances competing interests of all stakeholders and represents a fair and reasonable compromise, and accordingly, it is appropriate to approve same.

[18] That finding is binding of the LTD Objectors. However, they say that the adjustment that they request in order to make changes to the Plan requires a reconsideration of the Employee Settlement Agreement and the Settlement Approval Order. There is simply no legal basis seven years later to reconsider the matter. The grounds for reconsideration of a decision are narrow even

when no order has been signed and taken out. See *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONSC 4170 at paras. 3 – 6.

[19] In any event, I agree with the finding of Morawetz J. that the settlement was reasonable. The LTD Beneficiaries will receive the same *pari passu* treatment under the Plan as all other creditors. They are all treated equally, with each receiving exactly the same proportion of their entitlements. In insolvency, equal treatment premised on underlying legal entitlements is not unfair or unreasonable. To the contrary, it is a fundamental tenet of insolvency law.

[20] The LTD Objectors say that the Plan as it pertains to them is contrary to sections 7 and 15 of the *Charter*.

[21] It is argued by the LTD Rep that the *Charter* does not apply to the courts, reliance being placed on *Dolphin Delivery Ltd. v. R.W.D.S.U., Local 580*, [1986] 2 S.C.R. 573 at paras. 34 and 36. In that case, the SCC declined to set aside an injunction on the basis that a court order does not constitute governmental action for the purposes of the *Charter* and stated that the judicial branch is not an element of governmental action for the purposes of the *Charter*. It said that the word "government" in section 32 of the *Charter* referred to the legislative, executive, and administrative branches of government.

[22] However, there are other cases in the SCC that say otherwise. In *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, the SCC held that an unreasonable delay by the trial judge in deciding on an application for a directed verdict by the accused at the close of the Crown's case had denied to the accused the section 11(b) right to be tried within a reasonable time, and stayed the proceedings. In *Rahey*, of the four judges who wrote opinions, only La Forest J. averted to the point of the *Charter* applying to a court. He stated:

> 95 ...it seems obvious to me that the courts, as custodians of the principles enshrined in the *Charter*, must themselves be subject to *Charter* scrutiny in the administration of their duties. In my view, the fact that the delay in this case was caused by the judge himself makes it all the more unacceptable both to the accused and to society in general.

[23] In *British Columbia Government Employees' Union v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, the SCC refused to set aside an injunction ordered by the Chief Justice of British Columbia against picketing outside the court that had been made without notice to the union because although the injunction contravened the section 2(b) right to freedom of expression, it was justified by section 1. Chief Justice Dickson distinguished *Dolphin* as follows:

> 56 As a preliminary matter, one must consider whether the order issued by McEachern C.J.S.C. is, or is not, subject to *Charter* scrutiny. *RWDSU v. Dolphin Delivery*, [1986] 2 S.C.R. 573, holds that the *Charter* does apply to the common law, although not where the common law is invoked with reference to a purely private dispute. At issue here is the validity of a common law breach of criminal law and ultimately the authority of the court to punish for breaches of that law. The court is acting on its own motion and not at the instance of any private party. The motivation for the court's action is entirely "public" in nature, rather than "private". The criminal law is being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*. At the same time, however, this branch of the criminal law, like any other, must comply with the fundamental standards established by the *Charter*.

[24] In dealing with these three decisions, Professor Hogg has stated that while it is impossible to reconcile the definition of "government" in *Dolphin* with the decisions in *Rahey* and *BCGEU*, the cases can be accommodated. See Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented Thomson: Carswell, 2007 at § 37-22. He states:

> The *ratio decidendi* of Dolphin Delivery must be that a court order, when issued as a resolution of a dispute between private parties, and when based on the common law, is not governmental action to which the *Charter* applies. And the reason for the decision is that a contrary decision would have the effect of applying the *Charter* to the relationships of private parties that s. 32 intends to exclude from *Charter* coverage. Where, however a court order is issued on the court's own motion for a public purpose (as in *BCGEU*), or in a proceeding to which government is a party (as in any criminal case, such as *Rahey*), or in a purely private proceeding that is governed by statute law, then the *Charter* will apply to the court order.

[25] In this case, the proceedings are being taken under the CCAA and the discretionary power of a court to sanction a plan is contained in section 6 of that statute. While it is not strictly necessary for me to decide whether the *Charter* applies to such an order in light of the view that I take of the

section 7 and 15 rights asserted by the LTD Objectors, I accept that any order I make to sanction the Plan may be subject to the *Charter*.

[26] There is another issue, however, regarding the right of the LTD Objectors to raise a *Charter* challenge. They were represented by competent counsel in 2010 on the motion to approve the Employee Settlement Agreement. They did not raise any *Charter* challenge to that agreement before Morawetz J. or in the Court of Appeal on their application to appeal from the Settlement Approval Order made by Morawetz J. So far as the LTD benefits are concerned, the Plan merely contains the provisions for them in the Employee Settlement Agreement. Issue estoppel prevents the LTD Objectors from now raising a *Charter* challenge to those provisions.

[27] Section 7 of the *Charter* provides:

> 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.

[28] What the LTD Objectors seek is to have the allocation proceeds re-allocated by providing that 100% of the claims of the LTD Beneficiaries will be paid from the Sale Proceeds at the expense of all other claimants. This involves their economic interests which are not protected by section 7 of the *Charter*. In *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R 6 Justice Major for the Court stated:

> 45 The appellants also submitted that s. 16 of the VLT Act violates their right under s. 7 of the Charter to pursue a lawful occupation. Additionally, they submitted that it restricts their freedom of movement by preventing them from pursuing their chosen profession in a certain location, namely, the Town of Winkler. However, as a brief review of this Court's Charter jurisprudence makes clear, the rights asserted by the appellants do not fall within the meaning of s. 7. The right to life, liberty and security of the person encompasses fundamental life choices, not pure economic interests. As La Forest J. explained in *Godbout v. Longueuil (City),* [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66:
>
> > ... the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

More recently, *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission),* [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, concluded that the stigma suffered by Mr. Blencoe while awaiting trial of a human rights complaint against him, which hindered him from pursuing his chosen profession as a politician, did not implicate the rights under s. 7. See Bastarache J., at para. 86:

> The prejudice to the respondent in this case ... is essentially confined to his personal hardship. He is not "employable" as a politician, he and his family have moved residences twice, his financial resources are depleted, and he has suffered physically and psychologically. However, the state has not interfered with the respondent and his family's ability to make essential life choices. To accept that the prejudice suffered by the respondent in this case amounts to state interference with his security of the person would be to stretch the meaning of this right.

[29] Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* at §47.9 makes clear that purely economic interests are protected by section 7. He states:

> Section 7 protects "life, liberty and security of the person". The omission of property from s. 7 was a striking and deliberate departure from the constitutional texts that provided the models for s. 7. ...
>
> The omission of property rights from s. 7 greatly reduces its scope. It means that s. 7 affords no guarantee of compensation or even of a fair procedure for the taking of property by government. It means that s. 7 affords no guarantee of fair treatment by courts, tribunals or officials with no power over the purely economic interests of individuals or corporations. It also requires, as have noticed in the earlier discussion of "liberty" and "security of the person", that those terms be interpreted as excluding economic liberty and economic security; otherwise property, having been shut out of the front door, would enter by the back.

[30] What is in play in this case are pure economic rights among the creditors of Nortel and the request of the LTD Objectors to be compensated by the other Nortel creditors. There is authority that a plan of compromise or arrangement is simply a contract between the debtor and its creditors. See *Olympia & York Developments Ltd. (Re)* at para. 74.

[31] Section 7 does not assist the LTD Objectors in their request for unequal treatment for unequal treatment.

[32] Section 15 of the *Charter* provides:

> 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.

[33] In this case, it cannot be said that the LTD Objectors are being deprived of these section 15 rights because of discrimination based on physical disability. They are being treated like all creditors of Nortel. All unsecured creditors, be they bondholders, trade creditors, pensioners or LTD Beneficiaries, will receive the same *pari passu* treatment under the Plan. They are treated equally, with each receiving exactly the same proportion of their entitlements. In insolvency, equal treatment premised on underlying legal entitlements is not unfair or unreasonable. To the contrary, it is the fundamental tenet of insolvency law. Except for the two LTD Objectors, all other LTD Beneficiaries, in excess of 300 in number, accept this equal treatment.

[34] LTD Beneficiaries have been treated in the same manner as all similarly situated creditors, without discrimination. Pensioners, their beneficiaries, surviving spouses of deceased employees, Former Employees and LTD Beneficiaries are all unsecured creditors who are experiencing hardship due to lost income and benefits in the Nortel insolvency. All are disadvantaged to varying degrees, depending on personal circumstances and there is no basis for preferring one group above others. All have suffered losses in the Nortel insolvency. This was recognized by Justice Morawetz in 2010 when the Monitor applied for an order for distribution of the assets of the HWT (from which benefits were paid to beneficiaries, including the LTD Beneficiaries), on a *pari passu* basis. That was opposed by the LTD Objectors. In his decision of November 9, 2010 accepting the position of the Monitor at *Nortel Networks Corp., Re*, 2010 ONSC 5584, Justice Morawetz said:

> 110 As I have indicated above, there is no question that the impact of the shortfall in the HWT is significant. This was made clear in the written Record, as well as in the statements made by certain Dissenting LTD Beneficiaries at the hearing. However, the effects of the shortfall are not limited to the Dissenting LTD Beneficiaries and affect all LTD Beneficiaries and Pensioner Life claimants. The

relative hardship for each claimant may differ, but, in my view, the allocation of the HWT corpus has to be based on entitlement and not on relative need.[2]

[35] In the circumstances, I cannot find any breach of section 15 of the *Charter*.

Conclusion

[36] For the foregoing reasons, I have sanctioned the Plan and made an order authorizing and directing the release of the Sale Proceeds from the Escrow Accounts in the manner contemplated by the Settlement and Support Agreement.

Newbould J.

Date: January 30, 2017

[2] Leave to appeal to the C of A denied 2011 ONCA 10; leave to appeal to the SCC [2011] S.C.C.A. No. 124.

3

David Albert Siemens, Eloisa Ester Siemens and Sie-Cor Properties Inc. o/a The Winkler Inn *Appellants*

v.

The Attorney General of Manitoba and the Government of Manitoba *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Alberta, 292129 Alberta Ltd., operating as The Empress Hotel, 484906 Alberta Ltd., operating as Lacombe Motor Inn, Leto Steak & Seafood House Ltd., Neubro Holdings Inc., operating as Lacombe Hotel, Wayne Neufeld, 324195 Alberta Ltd., operating as K.C.'s Steak & Pizza, and Katerina Kadoglou *Interveners*

David Albert Siemens, Eloisa Ester Siemens et Sie-Cor Properties Inc., faisant affaire sous la dénomination The Winkler Inn *Appelants*

c.

Procureur général du Manitoba et Gouvernement du Manitoba *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Alberta, 292129 Alberta Ltd., faisant affaire sous la dénomination The Empress Hotel, 484906 Alberta Ltd., faisant affaire sous la dénomination Lacombe Motor Inn, Leto Steak & Seafood House Ltd., Neubro Holdings Inc., faisant affaire sous la dénomination Lacombe Hotel, Wayne Neufeld, 324195 Alberta Ltd., faisant affaire sous la dénomination K.C.'s Steak & Pizza, et Katerina Kadoglou *Intervenants*

Indexed as: Siemens *v.* Manitoba (Attorney General)

Neutral citation: 2003 SCC 3.

File No.: 28416.

Hearing and judgment: October 31, 2002.

Reasons delivered: January 30, 2003.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Criminal law — Property and civil rights — Matters of local or private nature — Gaming — Province enacting local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legislation and section deeming non-binding plebiscite to be binding

Répertorié : Siemens *c.* Manitoba (Procureur général)

Référence neutre : 2003 CSC 3.

N^{o} du greffe : 28416.

Audition et jugement : 31 octobre 2002.

Motifs déposés : 30 janvier 2003.

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 DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Droit criminel — Propriété et droits civils — Matières d'une nature locale ou privée — Jeu — Province adoptant une loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi et l'article

2003 SCC 3 (CanLII)

plebiscite held in accordance with legislation intra vires province — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (16) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Life, liberty and security of person — Equality — Local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibition of video lottery terminals in their communities — Whether legislation infringes freedom of expression, right to life, liberty and security of person or right to equality guaranteed in Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 15(1) — The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, s. 16.

The Manitoba Lotteries Corporation ("MLC") manages the operation of video lottery terminals ("VLTs") in the province, by entering into agreements with "siteholders" and placing VLTs, which remain the property of the MLC, on the siteholders' premises. The appellants were siteholders with several VLTs generating revenue at their place of business. In 1998, the Town of Winkler held a non-binding plebiscite supporting the prohibition of VLTs in their town. The following year, the Government of Manitoba enacted local option legislation (*The Gaming Control Local Option (VLT) Act* ("*VLT Act*")), enabling municipalities to hold binding plebiscites on the prohibition of VLTs. Section 16 of the *VLT Act* referred specifically to the Winkler plebiscite, deeming it to be binding and resulting in the termination of the appellants' siteholder agreement and the removal of the VLTs from their premises. The appellants challenged the legislation on the grounds that s. 16 violated ss. 2(*b*), 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the legislation was *ultra vires* the provincial government because it encroached on the exclusive federal criminal law jurisdiction. The motions judge rejected these claims, and the Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The *VLT Act* in its entirety and s. 16 in particular are *intra vires* the provincial legislature. To determine whether there was legislative authority to enact the *VLT Act*, the purpose and effects of the legislation must be analysed to

prévoyant qu'un référendum consultatif est réputé être un référendum décisionnel tenu conformément à la loi relèvent-ils de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (16) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Vie, liberté et sécurité de la personne — Égalité — Loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire — La loi en question porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression, au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ou encore au droit à l'égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 15(1) — Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 16.

La Corporation des loteries du Manitoba (« CLM ») gère l'exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») dans la province. Ce faisant, elle conclut des accords avec des « exploitants de site » et installe dans leurs établissements des ALV dont elle conserve la propriété. Les appelants étaient des exploitants de site qui disposaient de plusieurs ALV générant des recettes dans leur établissement. En 1998, la ville de Winkler a tenu un référendum consultatif qui s'est révélé favorable à l'interdiction des ALV sur son territoire. L'année suivante, le gouvernement du Manitoba a adopté une loi sur les options locales (*Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* (« *Loi sur les ALV* »)) autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo sur leur territoire. L'article 16 de la *Loi sur les ALV* mentionnait explicitement le référendum de Winkler, le considérant comme étant de nature décisionnelle et comme entraînant la résiliation de l'accord d'exploitation de site des appelants et le retrait des ALV de leur établissement. Les appelants ont contesté cette mesure législative en faisant valoir que l'art. 16 violait l'al. 2*b*), l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu'elle excédait la compétence du gouvernement provincial du fait qu'elle empiétait sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel. Le juge des requêtes a rejeté ces arguments, et la Cour d'appel a confirmé sa décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur les ALV*, en entier, et l'art. 16, en particulier, relèvent de la compétence législative de la province. Pour décider si la compétence législative nécessaire pour adopter la *Loi sur les ALV* existait, il faut analyser l'objet

2003 SCC 3 (CanLII)

ascertain its pith and substance. The Act's purposes are to regulate gaming in the province and to allow for local input on the issue of VLTs, both of which fall under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Section 16(1) deals specifically with siteholder agreements which are contractual in nature and thereby fall under property and civil rights. On a broader level, the municipal plebiscites empower each community to determine whether VLTs will be permitted, thereby invoking matters of a local nature. The *VLT Act* is not a colourable attempt to legislate criminal law as it does not create penal consequences, and was not enacted for a criminal law purpose. Local morality may affect which municipalities choose to ban VLTs through binding plebiscites, but this moral aspect is incidental to the overall regulatory scheme. The *Criminal Code* specifically creates an exception to the gaming offences where provincial lottery schemes are established, affirming the double aspect of gaming, promoting federal-provincial cooperation and removing operational conflict and any question of paramountcy. Lastly, local option legislation is a valid exercise of legislative power and not an improper abdication of the legislature's law-making powers. The application of a statutory VLT prohibition is conditional upon there being a certain plebiscite result, allowing municipalities to decide on the applicability of the Act to their communities.

et les effets de cette loi pour en déterminer le caractère véritable. La *Loi sur les ALV* a pour objet de réglementer le jeu dans la province et de permettre à la population locale de s'exprimer sur la question des ALV, ces deux objectifs relevant de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 16(1) porte précisément sur les accords d'exploitation de site, qui sont de nature contractuelle et qui, de ce fait, relèvent de la propriété et des droits civils. D'un point de vue plus général, les référendums municipaux habilitent chaque collectivité à décider si les ALV seront permis, et relèvent ainsi des matières d'une nature locale. La *Loi sur les ALV* n'est pas une tentative déguisée de légiférer en matière criminelle étant donné qu'elle ne comporte aucune conséquence pénale et que son objet ne relève pas du droit criminel. La moralité de la population locale peut influer sur le choix de certaines municipalités d'interdire les ALV par référendum décisionnel, mais cet aspect moral est accessoire au régime réglementaire global. En rendant expressément inapplicables les infractions en matière de jeu dans le cas d'une loterie mise sur pied par une province, le *Code criminel* confirme le double aspect du jeu, favorise la coopération fédérale-provinciale et écarte tout conflit sur le plan du fonctionnement de même que toute question de prépondérance. Enfin, la loi sur les options locales est un exercice valide de compétence législative et n'est pas une renonciation irrégulière, de la part de la législature, à sa compétence législative. L'application d'une interdiction légale des ALV dépend de l'issue d'un référendum, ce qui permet aux municipalités de décider de l'applicabilité de la Loi sur leur territoire.

The appellants' *Charter* rights were not violated by the Act. Section 16 does not violate s. 2(*b*) of the *Charter* by denying the appellants the right to vote. While voting is a protected form of expression, there is no constitutional right to vote in a referendum, as a referendum is a creation of legislation. Moreover, the *VLT Act* does not prevent the residents of Winkler from voting in future plebiscites on the issue of VLTs. Section 16 also does not violate the appellants' s. 7 *Charter* rights. The right to life, liberty and security of the person encompasses fundamental life choices, not pure economic interests. Finally, the appellants' rights under s. 15(1) were not violated. Residence in Winkler is not an analogous ground, as there is nothing to suggest that residents there are historically disadvantaged or that they suffer from any sort of prejudice. Moreover, the legislation does not discriminate against the appellants in any substantive sense. Winkler residents were singled out in s. 16 because theirs was the only municipality to have already held a plebiscite. There was no harm to dignity. The purpose of s. 16 was to respect the will of the Winkler residents as expressed in that plebiscite. The section does not affect the right of Winkler residents to vote in a VLT plebiscite under the

La Loi ne portait pas atteinte aux droits garantis aux appelants par la *Charte*. L'article 16 ne viole pas l'al. 2*b*) de la *Charte* en privant les appelants du droit de voter. Bien que voter soit une forme d'expression protégée, il n'existe aucun droit constitutionnel de voter à un référendum étant donné qu'un référendum est une création de la loi. De plus, la *Loi sur les ALV* n'empêche pas les résidants de Winkler de voter sur la question des ALV lors d'un autre référendum. L'article 16 ne porte pas non plus atteinte aux droits garantis aux appelants par l'art. 7 de la *Charte*. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et non des intérêts purement économiques. Enfin, il n'y a eu aucune atteinte aux droits garantis aux appelants par le par. 15(1). Le fait de résider à Winkler ne constitue pas un motif analogue de discrimination étant donné que rien n'indique que les résidants de cette municipalité subissent un désavantage historique ou quelque autre forme de préjudice. En outre, la mesure législative en question n'est pas réellement discriminatoire à l'endroit des appelants. Les résidants de Winkler ont été mentionnés à l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* parce que leur muni-

2003 SCC 3 (CanLII)

Act and they may initiate a plebiscite to reinstate VLTs in their community.

cipalité était la seule à avoir déjà tenu un référendum. Il n'y a eu aucune atteinte à la dignité. L'objet de l'art. 16 était de respecter la volonté exprimée par les résidants de Winkler lors de ce référendum. Cet article n'a aucune incidence sur le droit des résidants de Winkler de voter à un référendum sur les ALV tenu en application de la Loi, et il est loisible à ceux-ci d'organiser un référendum visant à permettre à nouveau l'exploitation d'ALV dans leur municipalité.

2003 SCC 3 (CanLII)

Cases Cited

Applied: *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; **distinguished:** *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*); *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; **distinction d'avec les arrêts :** *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *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; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179 (*sub nom. Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*); *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 6, 7, 15(1).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 6, 7, 15(1).

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (15), (16).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 207 [rep. & sub. c. 52 (1st Supp.), s. 3].
Gaming Control Act, S.M. 1996, c. 74, s. 1 "video lottery terminal".
Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44, ss. 1 "plebiscite", "video lottery gaming", 3, 16.
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45.

Authors Cited

Manitoba. Gaming Control Commission. *Municipal VLT Plebiscite Review*. Winnipeg: The Commission, 1998.
Manitoba. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings*, 5th Sess., 36th Leg., vol. XLIX, No. 57A, July 8, 1999, p. 4092.
Manitoba Lottery Policy Review. *Working Group Report*. Winnipeg: The Manitoba Lottery Policy Review Working Group, 1995.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal, [2001] 2 W.W.R. 515, 153 Man. R. (2d) 106, 85 C.R.R. (2d) 59, [2000] M.J. No. 588 (QL), 2000 MBCA 152, affirming a decision of the Court of Queen's Bench, [2001] 2 W.W.R. 491, 151 Man. R. (2d) 49, 78 C.R.R. (2d) 268, [2000] M.J. No. 417 (QL), 2000 MBQB 140. Appeal dismissed.

David G. Hill and *Curtis A. Knudson*, for the appellants.

Shawn Greenberg and *Jayne Kapac*, for the respondents.

Robert W. Hubbard, for the intervener the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gabriel Bourgeois, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Ronald J. Dumonceaux and *Graham K. Neill*, for the interveners 292129 Alberta Ltd. et al.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 207 [abr. & rempl. ch. 52 (1er suppl.), art. 3].
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (15), (16).
Loi sur la Commission de régie du jeu, L.M. 1996, ch. 74, art. 1 « appareil de loterie vidéo ».
Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44, art. 1 « jeux de loterie vidéo », « référendum », 3, 16.

Doctrine citée

Manitoba. Assemblée législative. *Journal des débats*, 5e sess., 36e lég., vol. XLIX, no 57A, 8 juillet 1999, p. 4092.
Manitoba. Commission de régie du jeu. *Municipal VLT Plebiscite Review*. Winnipeg : La Commission, 1998.
Manitoba Lottery Policy Review. *Working Group Report*. Winnipeg : The Manitoba Lottery Policy Review Working Group, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, [2001] 2 W.W.R. 515, 153 Man. R. (2d) 106, 85 C.R.R. (2d) 59, [2000] M.J. No. 588 (QL), 2000 MBCA 152, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine, [2001] 2 W.W.R. 491, 151 Man. R. (2d) 49, 78 C.R.R. (2d) 268, [2000] M.J. No. 417 (QL), 2000 MBQB 140. Pourvoi rejeté.

David G. Hill et *Curtis A. Knudson*, pour les appelants.

Shawn Greenberg et *Jayne Kapac*, pour les intimés.

Robert W. Hubbard, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gabriel Bourgeois, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Ronald J. Dumonceaux et *Graham K. Neill*, pour les intervenants 292129 Alberta Ltd. et autres.

2003 SCC 3 (CanLII)

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

In 1999, the Government of Manitoba enacted local option legislation enabling municipalities to hold binding plebiscites on the prohibition of video lottery terminals ("VLTs") in their communities. The legislation set out the procedure by which the plebiscites were to be initiated, held, and given effect. In addition, the legislation contained a specific section dealing with the Town of Winkler, which had held a non-binding plebiscite supporting a prohibition of VLTs the previous year. As a result of the legislation, VLTs were prohibited in Winkler until such time as a future binding plebiscite, held in accordance with the legislation, would permit their return to the municipality.

Both the Manitoba Court of Queen's Bench and the Court of Appeal concluded that *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44 ("*VLT Act*"), either as a whole or s. 16 in particular, was neither *ultra vires* the provincial legislature nor did it violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants subsequently challenged the legislation before this Court on the grounds that s. 16, dealing specifically with Winkler, violates ss. 2(*b*), 7, and 15(1) of the *Charter*. They also argued that the legislation is *ultra vires* the provincial government because it is an affront to Parliament's exclusive jurisdiction over criminal law. On October 31, 2002, the Court unanimously dismissed their appeal. These are the reasons for that decision.

II. Facts

The Manitoba Lotteries Corporation ("MLC") is responsible for operating lottery schemes, including VLTs, in the province. The MLC enters into agreements with "siteholders" to place VLTs on the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

1 En 1999, le gouvernement du Manitoba a adopté une loi sur les options locales autorisant les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des appareils de loterie vidéo (ALV) sur leur territoire. Cette loi établissait la procédure à suivre pour organiser et tenir des référendums, et pour mettre à exécution le résultat obtenu. Elle comportait, en outre, une disposition visant expressément la ville de Winkler dont la population avait approuvé l'interdiction des ALV lors d'un référendum consultatif tenu au cours de l'année précédente. À la suite de l'adoption de la loi en question, les ALV ont été interdits à Winkler jusqu'à la tenue, conformément à cette loi, d'un référendum décisionnel à l'issue duquel leur exploitation serait permise à nouveau dans la municipalité.

2 La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel du Manitoba ont toutes les deux conclu que la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44 (« *Loi sur les ALV* »), dans l'ensemble, et son art. 16, en particulier, n'excédaient pas la compétence de la législature de la province et ne violaient pas non plus la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants ont, par la suite, contesté la Loi devant notre Cour en faisant valoir que l'art. 16, qui vise expressément la ville de Winkler, viole l'al. 2*b*), l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. Ils ont aussi prétendu que cette loi excède la compétence du gouvernement provincial du fait qu'elle empiète sur la compétence exclusive du Parlement en matière de droit criminel. Le 31 octobre 2002, la Cour a rejeté leur pourvoi dans une décision unanime, dont voici les motifs.

II. Les faits

3 La Corporation des loteries du Manitoba (« CLM ») est l'organisme responsable de l'exploitation des loteries — y compris les ALV — dans la province. Elle conclut avec des « exploitants de

2003 SCC 3 (CanLII)

siteholders' property. The siteholders then receive a percentage of the VLTs' revenue. However, the VLTs remain the property of the MLC and, according to the terms of the siteholder agreement, can be removed at any time, with or without cause.

4 The appellants, David and Eloisa Siemens, are the sole shareholders of Sie-Cor Properties Inc., which purchased The Winkler Inn in 1993. They invested a considerable amount of money in the renovation and expansion of the Inn, and submitted that VLTs were an important consideration when making their investment. The appellants increased the number of VLTs from 8 to 10 when they first purchased The Winkler Inn, and then from 10 to 12 in the fall of 1994. Their mortgage payments roughly coincided with the monthly VLT revenue.

5 In August 1998, the Town of Winkler passed a resolution to hold a plebiscite regarding VLTs in the municipality. The plebiscite was held in conjunction with the October municipal elections. The question was:

> Should the Town of Winkler request that the Provincial Government ban video lottery terminals in Winkler, which would result in the Town of Winkler losing its annual municipal VLT grant?

Approximately 50 percent of eligible voters participated in the plebiscite, including Mr. and Mrs. Siemens. A sizeable majority (77.8 percent) of the votes cast were in favour of requesting a ban on VLTs. In response to the plebiscite, the Town of Winkler passed a resolution in December 1998 to forward the results to the Government of Manitoba. Sie-Cor Properties Inc., in turn, filed an application in the Court of Queen's Bench seeking a declaration that the resolution was invalid and an order of *certiorari* quashing it.

6 In July 1999, while Sie-Cor's application was proceeding to a hearing, the Manitoba Government passed the *VLT Act*. The Act permits municipalities to hold binding plebiscites regarding the prohibition of VLTs within their jurisdictions. In addition, the government used the new legislation as an

site » des accords visant l'installation d'ALV dans leurs établissements. L'exploitant du site touche alors un pourcentage des recettes générées par les ALV. Les ALV demeurent, cependant, la propriété de la CLM qui, aux termes de l'accord d'exploitation de site, peut les retirer à tout moment sans avoir à justifier son geste.

Les appelants, David et Eloisa Siemens, sont les seuls actionnaires de Sie-Cor Properties Inc., qui a acquis le Winkler Inn en 1993. Ils ont dépensé une somme considérable pour rénover et agrandir cet établissement, et ont fait valoir que la présence des ALV avait joué un rôle important dans leur décision d'investir. Lors de l'achat du Winkler Inn, ils ont augmenté de 8 à 10 le nombre d'ALV, pour ensuite faire passer ce nombre à 12 à l'automne de 1994. Leurs versements hypothécaires correspondaient à peu près aux recettes mensuelles générées par les ALV.

En août 1998, la ville de Winkler a décidé, par résolution, de tenir un référendum concernant l'exploitation d'ALV sur son territoire. Ce référendum a coïncidé avec les élections municipales d'octobre. La question posée était la suivante :

> [TRADUCTION] La ville de Winkler devrait-elle demander au gouvernement provincial d'interdire les appareils de loterie vidéo sur son territoire, auquel cas elle cesserait de bénéficier de la subvention annuelle relative à ces appareils?

Environ la moitié des électeurs admissibles, y compris M. et Mme Siemens, a participé au référendum. Une majorité appréciable (77,8 pour 100) des suffrages exprimés était en faveur d'une demande d'interdiction des ALV. À la suite du référendum, la ville de Winkler a adopté, en décembre 1998, une résolution autorisant la communication du résultat au gouvernement du Manitoba. De son côté, Sie-Cor Properties Inc. a demandé à la Cour du Banc de la Reine de déclarer la résolution invalide et de l'annuler au moyen d'une ordonnance de *certiorari*.

En juillet 1999, au moment où on s'apprêtait à entendre la demande de Sie-Cor, le gouvernement du Manitoba a adopté la *Loi sur les ALV*. Cette loi autorise les municipalités à tenir des référendums décisionnels relativement à l'interdiction des ALV sur leur territoire. De plus, le gouvernement s'est

2003 SCC 3 (CanLII)

opportunity to give effect to the plebiscite that had already been held in Winkler. Specifically, s. 16 of the Act seeks to terminate the siteholder agreements in Winkler and deems that a resolution prohibiting VLTs was passed in accordance with the Act. Pursuant to this legislation, the siteholder agreement with The Winkler Inn was terminated effective December 1, 1999.

servi de la nouvelle loi pour mettre à exécution le résultat du référendum déjà tenu à Winkler. Plus précisément, l'art. 16 de la Loi a pour objet de résilier les accords d'exploitation de site en vigueur à Winkler et présume qu'une résolution interdisant les ALV a été adoptée en conformité avec la Loi. Conformément à cette mesure législative, l'accord d'exploitation de site conclu avec le Winkler Inn a été résilié le 1er décembre 1999.

III. Relevant Statutory Provisions

The Gaming Control Local Option (VLT) Act, S.M. 1999, c. 44

1 In this Act,

. . .

"plebiscite" means a vote by the electors of a municipality on a resolution approved by the council or stated on a petition

(a) to prohibit video lottery gaming within the municipality, or

(b) where video lottery gaming within the municipality is prohibited because of a plebiscite, to permit video lottery gaming within the municipality;

. . .

"video lottery gaming" means the operation of a lottery scheme, as defined in the *Criminal Code* (Canada), that involves the use of a video lottery terminal.

3(1) Notwithstanding section 3 of *The Manitoba Lotteries Corporation Act*, no person shall carry on any video lottery gaming, under a siteholder agreement or otherwise, within a municipality while a resolution prohibiting video lottery gaming within the municipality is in effect.

3(2) A resolution prohibiting video lottery gaming within a municipality comes into effect on the first day of the fifth month following the month in which it is approved by a majority of the votes cast in a plebiscite and continues in effect until a resolution permitting video lottery gaming within the municipality is approved by a majority of the votes cast in a plebiscite.

16(1) Each siteholder agreement existing before the coming into force of this section respecting the operation

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo), L.M. 1999, ch. 44

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« jeux de loterie vidéo » Exploitation d'un système de loterie, au sens du *Code criminel* (Canada), au moyen d'appareils de loterie vidéo.

. . .

« référendum » Suffrage que les électeurs d'une municipalité expriment sur une résolution approuvée par le conseil ou énoncée dans une pétition et tendant :

a) soit à interdire les jeux de loterie vidéo dans la municipalité;

b) soit à permettre les jeux de loterie vidéo dans la municipalité s'ils y ont été interdits par suite d'un référendum.

3(1) Malgré l'article 3 de la *Loi sur la Corporation manitobaine des loteries*, il est interdit d'exercer des activités de jeux de loterie vidéo dans une municipalité en vertu d'un accord d'exploitation de site ou autrement pendant qu'est en vigueur une résolution interdisant les jeux de loterie vidéo dans la municipalité.

3(2) Les résolutions interdisant les jeux de loterie vidéo dans une municipalité entrent en vigueur le premier jour du cinquième mois qui suit leur approbation à la majorité des voix exprimées dans un référendum et elles demeurent en vigueur tant qu'une résolution autorisant les jeux de loterie vidéo dans la municipalité n'est pas approuvée à la majorité des voix exprimées dans un référendum.

16(1) Sont résiliés à compter du premier jour du cinquième mois qui suit la date d'entrée en vigueur de la

7

2003 SCC 3 (CanLII)

of video lottery terminals at a site located in the Town of Winkler is terminated on the first day of the fifth month following the month in which this Act comes into force, and the corporation shall remove all video lottery terminals from sites located in the Town of Winkler as soon as practicable after that day.

16(2) A resolution to prohibit video lottery gaming within the Town of Winkler is deemed for the purposes of this Act to have been approved by a plebiscite and is deemed to come into effect on the first day of the fifth month following the month in which this Act comes into force.

présente loi les accords d'exploitation de site qui existaient avant cette date et qui visaient l'exploitation d'appareils de loterie vidéo situés à des sites dans la ville de Winkler, et la Corporation enlève les appareils de loterie vidéo des sites situés dans la ville de Winkler dans les plus brefs délais possibles après cette date.

16(2) Pour l'application de la présente loi, toute résolution tendant à interdire les jeux de loterie vidéo dans la ville de Winkler est réputée avoir été approuvée par un référendum et être entrée en vigueur le premier jour du cinquième mois qui suit la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

207. (1) Notwithstanding any of the provisions of this Part relating to gaming and betting, it is lawful

(*a*) for the government of a province, either alone or in conjunction with the government of another province, to conduct and manage a lottery scheme in that province, or in that and the other province, in accordance with any law enacted by the legislature of that province.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

207. (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente partie en matière de jeux et de paris, les règles qui suivent s'appliquent aux personnes et organismes mentionnés ci-après :

a) le gouvernement d'une province, seul ou de concert avec celui d'une autre province, peut mettre sur pied et exploiter une loterie dans la province, ou dans celle-ci et l'autre province, en conformité avec la législation de la province;

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, —

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

. . .

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

Loi constitutionnelle de 1867

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

13. La propriété et les droits civils dans la province;

. . .

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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;

. . .

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

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

. . .

2003 SCC 3 (CanLII)

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.

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.

IV. Judgments Below

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*, [2001] 2 W.W.R. 491, 2000 MBQB 140

In March 2000, Hamilton J. heard arguments on a motion to have certain questions of law determined before trial on Sie-Cor's *certiorari* application. At issue was whether the *VLT Act*, either as a whole or s. 16 in particular, was *ultra vires* the provincial legislature as an invasion into the federal government's criminal law power, and whether s. 16 violated ss. 2(*b*), 6, 7, and 15(1) of the *Charter*. It was also argued that the legislation constituted prohibited discrimination under the Manitoba *Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45. Hamilton J. rejected all the appellants' claims.

In dismissing the division of powers argument, Hamilton J. relied on *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89. That case held that gaming was a matter within the "double aspect" doctrine, such that both Parliament and the provincial legislatures had jurisdiction to legislate in that area. She found that the *VLT Act* was, therefore, *prima facie* within the legislative authority of the Manitoba Government. She also found that the *VLT Act* was not an attempt to enact criminal law, as the legislation lacked both penal consequences and a criminal law purpose.

B. *Manitoba Court of Appeal*, [2001] 2 W.W.R. 515, 2000 MBCA 152

In a short oral judgment delivered by Twaddle J.A. (Kroft and Steel JJ.A. concurring), the

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

IV. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*, [2001] 2 W.W.R. 491, 2000 MBQB 170

8 En mars 2000, la juge Hamilton a entendu l'argumentation concernant une requête visant à faire trancher certaines questions de droit avant l'instruction de la demande de *certiorari* présentée par Sie-Cor. Il s'agissait de déterminer si la *Loi sur les ALV*, dans l'ensemble, ou son art. 16, en particulier, excédait la compétence de la législature de la province en empiétant sur la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel, et si l'art. 16 violait l'al. 2*b*), les art. 6 et 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. On soutenait également que la Loi était discriminatoire en violation du *Code des droits de la personne* du Manitoba, L.M. 1987-88, ch. 45. La juge Hamilton a rejeté tous les arguments des appelants.

9 Elle a invoqué l'arrêt *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, pour rejeter l'argument du partage des compétences. Dans cette affaire, notre Cour a décidé que la règle du « double aspect » s'appliquait au jeu, de sorte que tant le Parlement que les législatures provinciales avaient compétence pour légiférer en la matière. La juge Hamilton a conclu que la *Loi sur les ALV* était donc, à première vue, conforme à la compétence législative du gouvernement manitobain. Elle a également décidé que cette loi ne représentait pas une tentative de légiférer en matière criminelle, étant donné qu'elle ne comportait aucune conséquence pénale ni aucun objet relevant du droit criminel.

B. *Cour d'appel du Manitoba*, [2001] 2 W.W.R. 515, 2000 MBCA 152

10 Dans un court jugement rendu de vive voix par le juge Twaddle (avec l'appui des juges Kroft et Steel),

2003 SCC 3 (CanLII)

Manitoba Court of Appeal dismissed the appeal on all grounds, expressing that it was in "substantial agreement" with Hamilton J., "both with respect to the declarations made and her reasons for them".

la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel relativement à tous les moyens invoqués, en se disant [TRADUCTION] « essentiellement d'accord » avec la juge Hamilton « en ce qui concerne à la fois ses déclarations et les motifs invoqués à leur appui ».

V. Issues

11 By order of the Chief Justice dated December 19, 2001, the following constitutional questions were stated for the Court's consideration:

(1) Is *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44, in its entirety *ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

(2) Is s. 16(1) of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

(3) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(4) If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(5) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(6) If the answer to question 5 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(7) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Questions en litige

Dans une ordonnance datée du 19 décembre 2001, la Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes qui seraient soumises à l'examen de notre Cour :

(1) La *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44, excède-t-elle dans son ensemble la compétence de la législature du Manitoba du fait qu'elle porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

(2) Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, excède-t-il la compétence de la législature du Manitoba du fait qu'il porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

(3) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(4) Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(5) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(6) Si la réponse à la cinquième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(7) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2003 SCC 3 (CanLII)

(8) If the answer to question 7 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

(8) Si la réponse à la septième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VI. Analysis

A. *Interpreting the VLT Act*

A significant portion of the appellants' submissions focussed on the proper characterization and interpretation of the *VLT Act*, and particularly s. 16 of that Act. The main thrust of their argument was that s. 16 of the *VLT Act* did not "give effect" to the plebiscite that occurred in Winkler in 1998 and that, therefore, the constitutionality of the legislation must be assessed without reference to that plebiscite. They noted that s. 16 does not explicitly refer to the 1998 plebiscite, and that s. 16(2) refers to the indefinite "a plebiscite" rather than the definite "the plebiscite". As well, they submitted that the subsection deems a resolution prohibiting gaming to have been passed by a municipal plebiscite in Winkler, when no such resolution was ever approved by the town council. These characteristics allegedly demonstrate that s. 16 of the *VLT Act* did not give effect to the plebiscite that actually occurred in Winkler in the fall of 1998, and that it unfairly attributes a binding plebiscite to the residents of Winkler, who never voted in such a plebiscite.

The appellants expressed puzzlement at being affected by the 1998 plebiscite, as that plebiscite was not held pursuant to a resolution prohibiting VLTs, as required by the Act. The answer to that puzzlement is that the *VLT Act* has a more general application, and, in accordance with the principles of purposive interpretation, that s. 16 was intended to incorporate the wishes already expressed by Winkler voters into the broader provincial scheme.

No doubt the legislation could have been drafted in a way that more explicitly expressed the purpose of s. 16. Nevertheless, given the entire context of the legislation, the legislative purpose is clear. The Town of Winkler held a non-binding plebiscite in the fall

VI. Analyse

A. *Interprétation de la Loi sur les ALV*

12 L'argumentation des appelants a porté, dans une large mesure, sur la façon de qualifier et d'interpréter la *Loi sur les ALV* et, en particulier, son art. 16. Les appelants ont essentiellement fait valoir que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* ne [TRADUCTION] « met [pas] à exécution » le résultat du référendum tenu à Winkler en 1998, et que, par conséquent, la question de la constitutionnalité de la mesure législative doit être appréciée indépendamment de ce référendum. Ils ont fait observer que l'art. 16 ne mentionne pas explicitement le référendum de 1998, et qu'au par. 16(2) le mot « référendum » est précédé de l'article indéfini « un » au lieu de l'article défini « le ». Ils ont ajouté qu'on présume, à ce paragraphe, qu'une résolution interdisant le jeu avait été adoptée par voie de référendum municipal à Winkler, alors que le conseil de la ville n'avait jamais approuvé une telle résolution. Ces caractéristiques démontreraient que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* ne met pas à exécution le résultat du référendum tenu à Winkler à l'automne de 1998, et qu'on y présume à tort que les résidants de Winkler ont voté à un référendum décisionnel, ce qu'ils n'ont jamais fait.

13 Les appelants n'arrivaient pas à comprendre pourquoi le référendum de 1998 les toucherait puisqu'il n'a pas été tenu conformément à une résolution interdisant les ALV, comme l'exige la Loi. L'explication est la suivante : la *Loi sur les ALV* a un champ d'application plus vaste et, conformément aux principes d'interprétation téléologique, l'art. 16 visait à faire en sorte que le régime provincial général tienne compte de la volonté déjà exprimée par les électeurs de Winkler.

14 Il n'y a pas de doute que l'objet de l'art. 16 aurait pu être énoncé de manière plus explicite. Néanmoins, compte tenu du contexte global de la Loi, l'objectif du législateur est clair. À l'automne de 1998, la ville de Winkler a tenu un référendum

2003 SCC 3 (CanLII)

of 1998, in which a majority of votes cast supported a request to remove VLTs from the community. The town council forwarded the results of the plebiscite to the provincial government. In response, the provincial government enacted legislation prohibiting the operation of VLTs in Winkler and terminating all siteholder agreements in that community.

consultatif et la majorité des suffrages exprimés était en faveur d'une demande de retrait des ALV de la collectivité. Le conseil municipal a communiqué le résultat du référendum au gouvernement provincial. Ce dernier a réagi en adoptant une loi interdisant l'exploitation d'ALV à Winkler et résiliant tous les accords d'exploitation de site dans cette municipalité.

15 The appellants acknowledged at the appeal that, if the government had wished to enact legislation dealing solely with the prohibition of VLTs in the Town of Winkler, it could legitimately have done so. However, instead of giving effect to the Winkler plebiscite in an act designed solely for that purpose, the government incorporated a section prohibiting VLTs in Winkler into a larger statute that established a scheme for all municipalities to prohibit or reinstate VLTs through binding plebiscites. I cannot see how the legislative structure chosen by the government affects the Act's constitutionality. Through the *VLT Act*, the province attempted to bring Winkler within the larger scheme of VLT plebiscites in the province. In order to do so, it deemed that Winkler voters had approved a VLT prohibition in accordance with the Act. All the parties agree that the Winkler plebiscite did not, in fact, approve such a prohibition. Indeed, since the Winkler plebiscite preceded the introduction of the *VLT Act*, it was impossible for voters to do so. Regardless, the legislature had the latitude to give effect to the Winkler plebiscite by various means, including the deeming provision it used. Unless the legislation is otherwise unconstitutional, the particular means chosen by the legislature cannot be used as a basis to declare it invalid.

Les appelants ont reconnu, en appel, que si le gouvernement avait voulu adopter une mesure législative visant uniquement à interdire les ALV à Winkler, il aurait pu le faire de manière légitime. Toutefois, au lieu de mettre à exécution le résultat du référendum de Winkler dans une loi conçue uniquement à cette fin, le gouvernement a inséré une disposition interdisant les ALV à Winkler dans une loi générale établissant un régime en vertu duquel toutes les municipalités pourraient interdire les ALV ou en permettre à nouveau l'exploitation au moyen d'un référendum décisionnel. Je ne vois pas comment le cadre législatif retenu par le gouvernement peut avoir une incidence sur la constitutionnalité de la Loi. En adoptant la *Loi sur les ALV*, la province a entrepris de rendre applicable à Winkler le régime provincial général des référendums sur les ALV. À cette fin, elle a présumé que les électeurs de Winkler avaient approuvé une interdiction des ALV conformément à la Loi. Toutes les parties conviennent qu'en réalité une telle interdiction n'a pas été approuvée lors du référendum de Winkler. En effet, étant donné que ce référendum a précédé l'entrée en vigueur de la *Loi sur les ALV*, les électeurs qui y ont participé étaient dans l'impossibilité de le faire. Quoi qu'il en soit, il était loisible au législateur de mettre à exécution, de différentes manières, le résultat du référendum de Winkler, notamment en adoptant, comme il l'a fait, une disposition créant une présomption. À moins que la mesure législative ne soit par ailleurs inconstitutionnelle, le moyen particulier retenu par le législateur ne saurait constituer un motif d'invalidité.

16 It should be noted that the less-than-ideal legislative drafting is not an independent ground upon which legislation can be found unconstitutional. The wording of the statute is only relevant to the analysis in so far as it informs the determination of the

Il y a lieu de souligner que le caractère imparfait d'un texte législatif ne constitue pas en soi un motif d'inconstitutionnalité. Le libellé d'une loi n'est pertinent, pour les besoins de l'analyse, que dans la mesure où il permet de déterminer le caractère

2003 SCC 3 (CanLII)

pith and substance of the legislation. As long as the pith and substance of s. 16 falls within the provincial sphere of legislative authority, it is immaterial whether it could have been drafted in clearer terms.

Similarly, it cannot be concluded that the wording of s. 16 dictates that the appellants' *Charter* claims must be assessed without considering the Winkler plebiscite of 1998. This Court has stated on numerous occasions that the evaluation of *Charter* claims should be contextual: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344 (*per* Dickson J. (as he then was)); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1355-56 (*per* Wilson J.); *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 224-26 (*per* Cory J.); *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87 (*per* Bastarache J.); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 62 (*per* Iacobucci J.). The purpose and effects of the legislation cannot be examined in a vacuum, but must be considered in light of the facts as they are known to both the claimant and the legislator.

The rationale for contextual analysis is particularly strong in this case. But for the 1998 Winkler plebiscite, the provincial government would never have enacted s. 16 of the *VLT Act*. The legislature did not single out the Town of Winkler on an arbitrary basis; rather, it enacted s. 16 to respond to the wishes of Winkler voters. If the Court were to ignore the 1998 plebiscite in assessing the *Charter* claims, it would be ignoring the very circumstances that gave rise to the impugned section. This is both logically and legally flawed. Nevertheless, the analysis of the *Charter* claims is not dependent on the existence of the 1998 plebiscite, and the legislation would have been upheld in any event. The contextual analysis merely strengthens that conclusion.

B. *The Division of Powers Claim*

To determine whether the Manitoba Government had legislative authority to enact the *VLT Act*, it is

véritable de cette loi. Pourvu que, de par son caractère véritable, l'art. 16 relève de la compétence législative de la province, il n'importe pas de savoir s'il aurait pu être rédigé plus clairement.

17 De même, l'on ne saurait conclure que le libellé de l'art. 16 exige que l'on évalue l'argumentation des appelants fondée sur la *Charte* sans tenir compte du référendum tenu à Winkler en 1998. Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que l'évaluation des arguments fondés sur la *Charte* doit être contextuelle : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1355-1356 (la juge Wilson); *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 224-226 (le juge Cory); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87 (le juge Bastarache); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 62 (le juge Iacobucci). L'examen de l'objet et des effets d'une mesure législative ne saurait se faire sur une table rase; il doit être effectué à la lumière des faits connus à la fois du demandeur et du législateur.

18 Le recours à l'analyse contextuelle est particulièrement justifié en l'espèce. N'eût été le référendum de Winkler en 1998, le gouvernement provincial n'aurait jamais adopté l'art. 16 de la *Loi sur les ALV*. Le législateur n'a pas décidé arbitrairement de mentionner la ville de Winkler; il a plutôt adopté l'art. 16 afin de tenir compte de la volonté exprimée par les électeurs de cette municipalité. Si, en évaluant les arguments fondés sur la *Charte*, notre Cour ne tenait pas compte du référendum de 1998, elle ferait alors abstraction des circonstances mêmes qui sont à l'origine de la disposition contestée, ce qui irait à l'encontre de la logique et du droit. Néanmoins, l'analyse de l'argumentation fondée sur la *Charte* n'est pas subordonnée à l'existence du référendum de 1998, et la validité de la mesure législative aurait de toute manière été confirmée. L'analyse contextuelle ne fait que renforcer cette conclusion.

B. *L'argument du partage des compétences*

19 Pour décider si le gouvernement manitobain avait la compétence législative nécessaire pour adopter

2003 SCC 3 (CanLII)

necessary to identify the pith and substance of that legislation. In *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 53, it was held that the pith and substance analysis involves an inquiry into both the purpose of the legislation and its effects. LeBel J. also wrote that, where a specific section of the legislation is being challenged, its pith and substance should be identified before that of the Act as a whole. If the impugned section is *ultra vires*, it may still be upheld if it is sufficiently integrated into a valid provincial legislative scheme (para. 58). However, since the appellants in the present case have challenged both s. 16 and the *VLT Act* as a whole, it is necessary to identify the pith and substance of both in any event.

la *Loi sur les ALV*, il faut déterminer le caractère véritable de cette loi. Dans l'arrêt *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, la Cour a statué que l'analyse du caractère véritable porte à la fois sur l'objet et les effets de la mesure législative en cause. Le juge LeBel a ajouté que, lorsqu'une disposition particulière d'une loi est contestée, son caractère véritable doit être déterminé avant celui de l'ensemble de la loi en cause. Dans le cas où la disposition attaquée est inconstitutionnelle, il est néanmoins possible d'en confirmer la validité si elle est suffisamment intégrée dans un régime législatif provincial valide (par. 58). En l'espèce, toutefois, étant donné que les appelants ont contesté à la fois la validité de l'art. 16 et celle de l'ensemble de la *Loi sur les ALV*, il est, de toute façon, nécessaire de déterminer le caractère véritable des deux.

20 The purpose of s. 16 of the *VLT Act* is to prohibit VLTs in Winkler and to cancel all existing siteholder agreements with respect to VLTs. The legislative debates on the *VLT Act* indicate that s. 16 was enacted to give effect to the plebiscite that had already been held in Winkler, albeit before the Act came into force. The responsible Minister said:

> As you may be aware, Madam Speaker, last fall the citizens of Winkler conducted a plebiscite requesting the removal of VLTs from that community. This legislation supports that community's will. This legislation will recognize the legitimacy of the 1998 VLT plebiscite in Winkler.

(Manitoba, Legislative Assembly, *Debates and Proceedings*, 5th Sess., 36th Leg., vol. XLIX, No. 57A, July 8, 1999, at p. 4092 (Mrs. Render))

The effect of s. 16(1) of the *VLT Act* was to cancel the siteholder agreement with The Winkler Inn. Further, as indicated, s. 16(2) attempted to bring the non-binding Winkler plebiscite within the local option scheme outlined in the other sections of the Act. The Act allows plebiscites to be held on whether to prohibit VLTs within the municipality or, where a VLT prohibition is already in effect, on

L'article 16 de la *Loi sur les ALV* vise à interdire les ALV à Winkler et à résilier tous les accords d'exploitation de site s'y rapportant. Il ressort des débats de l'Assemblée législative relatifs à la *Loi sur les ALV* que l'art. 16 a été adopté pour mettre à exécution le résultat du référendum de Winkler, bien que ce référendum ait précédé l'entrée en vigueur de la Loi. La ministre responsable a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] Vous savez sans doute, Madame la Présidente, que les citoyens de Winkler ont tenu, l'automne dernier, un référendum en vue de se prononcer sur une demande de retrait des ALV de cette collectivité. La présente mesure législative va dans le sens de la volonté exprimée par ces citoyens. Elle reconnaîtra la légitimité du référendum relatif aux ALV qui a été tenu à Winkler en 1998.

(Manitoba, Assemblée législative, *Journal des débats*, 5e sess., 36e lég., vol. XLIX, no 57A, 8 juillet 1999, p. 4092 (Mme Render))

Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les ALV* a eu pour effet de résilier l'accord d'exploitation de site conclu avec le Winkler Inn. En outre, comme nous l'avons vu, le par. 16(2), visait à intégrer le référendum consultatif de Winkler dans le régime d'options locales énoncé dans les autres dispositions de la Loi. La Loi autorise la tenue d'un référendum pour décider s'il y a lieu d'interdire les ALV dans une

2003 SCC 3 (CanLII)

whether to reinstate VLTs within the municipality. Thus, by deeming a resolution prohibiting VLTs to have been approved in Winkler in accordance with the Act, the effect of s. 16(2) is to put the Town of Winkler into the "starting position" of prohibiting VLTs. If a subsequent VLT plebiscite is to be held in Winkler, the question will ask whether to reinstate VLTs in that community.

municipalité ou s'il y a lieu d'en permettre à nouveau l'exploitation dans le cas où une telle interdiction des ALV existe déjà. Ainsi, en présumant qu'une résolution interdisant les ALV a été approuvée à Winkler conformément à la Loi, le par. 16(2) a pour effet de placer cette ville dans la « situation de départ » où les ALV sont interdits. Si un autre référendum est tenu à Winkler, il portera sur la question de savoir s'il y a lieu d'y permettre à nouveau l'exploitation des ALV.

More broadly, the purpose of the *VLT Act* as a whole seems to be, quite simply, to allow municipalities to express, by binding plebiscite, whether they wish VLTs to be permitted or prohibited within their communities. This purpose is evident from the title of the Act, *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, which clearly expresses the government's desire to obtain local input on the issue of VLTs. The *VLT Act* was the government's response to two reports: the Manitoba Lottery Policy Review's *Working Group Report* (1995) (the "Desjardins Report"), and the Manitoba Gaming Control Commission's *Municipal VLT Plebiscite Review* (1998). Both reports recommended that municipal plebiscites be held to determine local opinion on the issue of VLTs.

21 De manière plus générale, la *Loi sur les ALV*, dans son ensemble, paraît tout simplement avoir pour objet de permettre aux municipalités d'exprimer, par voie de référendum décisionnel, leur volonté d'autoriser ou d'interdire les ALV sur leur territoire. Cet objet ressort de l'intitulé de la Loi — *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* — qui traduit clairement la volonté du gouvernement de consulter la population locale sur la question des ALV. Le gouvernement a adopté la *Loi sur les ALV* à la suite de deux rapports : le *Working Group Report* du Manitoba Lottery Policy Review (1995) (le « rapport Desjardins ») et celui de la Commission de régie du jeu du Manitoba, intitulé *Municipal VLT Plebiscite Review* (1998). Les deux rapports recommandaient la tenue de référendums municipaux afin de connaître l'opinion de la population locale sur la question des ALV.

The pith and substance of the *VLT Act* falls within a provincial head of legislative authority. As Stevenson J. wrote for this Court in *Furtney*, *supra*, at p. 103, gaming is a matter that falls within the "double aspect" doctrine. Accordingly, gaming can be subject to legislation by both the federal and provincial governments:

22 De par son caractère véritable, la *Loi sur les ALV* relève d'un chef de compétence législative provinciale. Comme le juge Stevenson l'a affirmé au nom de notre Cour dans l'arrêt *Furtney*, précité, p. 103, la règle du « double aspect » s'applique au jeu. En conséquence, tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux peuvent légiférer en la matière :

> In my view, the regulation of gaming activities has a clear provincial aspect under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* subject to Parliamentary paramountcy in the case of a clash between federal and provincial legislation. . . . Altogether apart from features of gaming which attract criminal prohibition, lottery activities are subject to the legislative authority of the province under various heads of s. 92, including, I suggest, property and civil rights (13), licensing (9), and maintenance of charitable institutions (7) (specifically recognized by the *Code* provisions). Provincial licensing and regulation of gaming

> À mon avis, la réglementation des activités de jeu a un aspect provincial manifeste en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sous réserve de la compétence prépondérante du Parlement en cas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale. [. . .] Outre les aspects des jeux susceptibles d'interdiction en matière criminelle, les loteries sont soumises au pouvoir législatif de la province en vertu de divers chefs de compétence énoncés à l'art. 92, y compris, selon moi, la propriété et les droits civils (13), la délivrance de licences (9), l'entretien des institutions de charité (7) (précisément reconnues par

2003 SCC 3 (CanLII)

activities is not *per se* legislation in relation to criminal law.

les dispositions du *Code*). La délivrance de licences et la réglementation des activités de jeu par la province ne constituent pas en soi de la législation en matière de droit criminel.

Without foreclosing discussion on other potential heads of jurisdiction, it is sufficient for this appeal to find that the *VLT Act* was, *prima facie*, validly enacted under ss. 92(13) and 92(16). Section 16(1) deals specifically with the siteholder agreements, which are contractual in nature and thereby fall under property and civil rights. On a broader level, the municipal plebiscites empower each community to determine whether VLTs will be permitted, thereby invoking matters of a local nature.

Sans exclure l'analyse d'autres chefs de compétence possibles, il suffit, pour les besoins du présent pourvoi, de conclure qu'à première vue la *Loi sur les ALV* a été validement adoptée en application des par. 92(13) et (16). Le paragraphe 16(1) porte précisément sur les accords d'exploitation de site, qui sont de nature contractuelle et qui, de ce fait, relèvent de la propriété et des droits civils. D'un point de vue plus général, les référendums municipaux habilitent chaque collectivité à décider si les ALV seront permis, et relèvent ainsi des matières d'une nature locale.

23 The *VLT Act* is not, as the appellants have submitted, a colourable attempt to legislate criminal law. The Act does not possess the relevant characteristics outlined by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50, and affirmed by the Privy Council in *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179, at p. 196, and, more recently, in *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 27. These are (1) a prohibition, (2) coupled with a penalty, and (3) a criminal law purpose. The respondents conceded that the *VLT Act* contains a prohibition, namely, s. 3(1) prohibits the operation of VLTs in municipalities that have banned them as the result of a binding plebiscite. Nevertheless, this alone is insufficient to establish that the *VLT Act* is, in pith and substance, criminal law. The Act does not create penal consequences, and was not enacted for a criminal law purpose.

La *Loi sur les ALV* n'est pas, comme l'ont fait valoir les appelants, une tentative déguisée de légiférer en matière criminelle. Elle ne possède pas les caractéristiques pertinentes énoncées par le juge Rand dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, p. 50, et confirmées par le Conseil privé dans l'arrêt *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179, p. 196, et plus récemment, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 27. Ces caractéristiques sont (1) une interdiction (2) assortie d'une sanction et (3) d'un objet relevant du droit criminel. Les intimés ont reconnu que la *Loi sur les ALV* comporte, au par. 3(1) notamment, une interdiction d'exploiter des ALV dans les municipalités qui les ont interdits à la suite d'un référendum décisionnel. Or, cela ne suffit pas en soi pour établir que la *Loi sur les ALV* est, de par son caractère véritable, une loi en matière criminelle. La Loi ne comporte aucune conséquence pénale et son objet ne relève pas du droit criminel.

24 Although s. 3(1) prohibits the operation of VLTs in relevant municipalities, it does not create a provincial offence. Nor does it impose a penalty for operating VLTs in those municipalities. If VLT operators were to be charged with any offence, it would be under the gaming provisions in the *Criminal Code*, which prohibit gambling except in accordance with lottery schemes conducted and

Même si le par. 3(1) interdit l'exploitation d'ALV dans les municipalités qui ont interdit ces appareils, il ne crée pas une infraction provinciale. Il n'inflige pas non plus une sanction pour l'exploitation d'ALV dans ces municipalités. Si un exploitant d'ALV devait être accusé d'une infraction, ce serait en application des dispositions du *Code criminel* en matière de jeu, qui interdisent le jeu sauf

2003 SCC 3 (CanLII)

managed by the provinces. The effect of s. 3(1) of the *VLT Act* is simply to remove the exception and give full effect to the existing federal offences.

dans le cadre d'une loterie mise sur pied et exploitée par une province. Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur les ALV* a simplement pour effet de supprimer l'exception et donner pleinement effet aux dispositions fédérales existantes qui créent des infractions.

25 However, even if the *VLT Act* did create a provincial offence or impose a fine, that would not necessarily make it an attempt to legislate criminal law. Section 92(15) of the *Constitution Act, 1867* allows the provincial legislatures to impose fines or other punishments as a means of enforcing valid provincial law, and the provinces have enacted countless punishable offences within their legislative spheres. Motor vehicle offences are the classic example, and they have been declared constitutionally valid in, *inter alia*, *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804 (careless driving); and *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5 (provincial licence suspension upon conviction for *Criminal Code* impaired driving offence). The mere presence of a prohibition and a penalty does not invalidate an otherwise acceptable use of provincial legislative power.

Toutefois, même si la *Loi sur les ALV* créait une infraction provinciale ou prévoyait une amende, elle ne représenterait pas nécessairement une tentative de légiférer en matière criminelle. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet à la législature d'une province d'infliger des amendes ou d'autres sanctions pour assurer l'application d'une loi provinciale valide; les provinces ont créé, dans leurs domaines de compétence législative, d'innombrables infractions assorties de sanctions. Les infractions relatives à la conduite d'un véhicule à moteur, qui en sont l'exemple classique, ont été jugées constitutionnelles, notamment dans les arrêts *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804 (conduite imprudente), et *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5 (suspension du permis provincial à la suite d'une déclaration de culpabilité d'infraction criminelle de conduite avec facultés affaiblies). La seule existence d'une interdiction et d'une sanction n'invalide pas l'exercice par ailleurs acceptable d'une compétence législative provinciale.

26 The appellants submitted that the *VLT Act* contains penal consequences because it terminates all siteholder agreements in municipalities that have voted to prohibit VLTs in accordance with the Act. Relying on this Court's decision in *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127, they argued that the provisions of the *VLT Act* result in the forfeiture of VLTs, which can be characterized as a penalty. However, the termination of siteholder agreements cannot be characterized as a forfeiture within the meaning of the criminal law. At all times during a siteholder agreement, the MLC maintains ownership of the VLTs. The siteholder (in this case, the appellants) has no property interest in the machines. Therefore, when the agreement is terminated and the VLTs are removed from the siteholder's establishment, the siteholder is not required to forfeit any property. The siteholder

Les appelants ont soutenu que la *Loi sur les ALV* a des conséquences pénales du fait qu'elle résilie tous les accords d'exploitation de site dans les municipalités qui, conformément à cette loi, ont voté en faveur de l'interdiction des ALV. Invoquant l'arrêt de notre Cour *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127, ils ont fait valoir que l'application de la *Loi sur les ALV* entraîne la confiscation des ALV, qui peut être qualifiée de sanction. Cependant, la résiliation d'un accord d'exploitation de site ne peut pas être qualifiée de confiscation au sens du droit criminel. À tout moment pendant la durée d'un accord d'exploitation de site, la CLM demeure propriétaire des ALV. L'exploitant du site (en l'espèce, les appelants) n'a aucun droit de propriété sur les appareils. Par conséquent, lorsque l'accord est résilié et que les ALV sont retirés de l'établissement de l'exploitant du site, ce dernier n'a pas

2003 SCC 3 (CanLII)

has merely lost the opportunity to earn a percentage of the revenue that the VLTs generate.

à renoncer à un bien. Il perd simplement la possibilité de toucher un pourcentage des recettes générées par les ALV.

27 That is sufficient to distinguish the present appeal from *Johnson*, *supra*, which properly identified the alleged penalty as a forfeiture. In that case, the impugned legislation specifically denied property rights in slot machines. Where the machines were being operated contrary to the legislation, the Act allowed police to confiscate those machines even if, except for the legislation, they would have been considered the property of the offender. In short, a violation of the legislation struck down in *Johnson* resulted in a loss of property. In the present case, however, the *VLT Act* merely allows the MLC to reclaim its own VLTs. This cannot be considered a forfeiture.

Cela est suffisant pour distinguer le présent pourvoi de l'arrêt *Johnson*, précité, où la sanction alléguée a été qualifiée, à juste titre, de confiscation. Dans cette affaire, la loi contestée niait expressément tout droit de propriété sur les machines à sous. Lorsque les machines étaient exploitées contrairement à ses dispositions, la loi en cause autorisait les policiers à les confisquer même si, n'eût été celle-ci, elles auraient été considérées comme appartenant au contrevenant. Bref, la violation de la loi invalidée dans l'arrêt *Johnson* entraînait la perte d'un bien. Dans la présente affaire, cependant, la *Loi sur les ALV* permet simplement à la CLM de reprendre possession de ses propres appareils. Cela ne saurait être considéré comme une confiscation.

28 The conclusion that the *VLT Act* does not impose penal consequences makes it unnecessary to determine whether it was enacted for a criminal law purpose. Nevertheless, certain submissions made during the course of proceedings warrant a brief response. The appellants argued that the *VLT Act* was enacted for purposes of public morality, and that it was, therefore, an attempt to legislate criminal law. This submission is flawed on several bases. First, the trial judge found no evidence indicating that this law was enacted to regulate public morality. The province has authority to regulate gaming, and this includes provisions regulating where gaming may be conducted. Just as the province can regulate when and where alcohol may be legally consumed, so can it regulate when and where individuals can legally operate VLTs. It does not follow that, in doing so, the province is somehow regulating public morality.

Vu la conclusion que la *Loi sur les ALV* n'a aucune conséquence pénale, il n'est pas nécessaire de déterminer si son objet relève du droit criminel. Néanmoins, certains arguments avancés pendant l'instance méritent qu'on y réponde brièvement. Les appelants ont soutenu que la *Loi sur les ALV* a été adoptée pour réglementer la moralité publique et qu'elle représentait, de ce fait, une tentative de légiférer en matière criminelle. Cet argument comporte plusieurs lacunes. Premièrement, la juge de première instance n'a relevé aucun élément de preuve indiquant que cette loi visait à réglementer la moralité publique. La province a compétence pour réglementer le jeu et notamment pour adopter des dispositions régissant les lieux où l'on peut s'y adonner. Tout comme une province peut réglementer les heures et les lieux de consommation légale d'alcool, elle peut également réglementer les heures et les lieux d'exploitation légale d'ALV. Il ne s'ensuit pas que, ce faisant, la province réglemente d'une façon ou d'une autre la moralité publique.

29 Second, the province and individual municipalities may have any number of reasons for restricting gaming to certain locations. Some may concern the local economy, and others may be purely aesthetic or cultural. There is no basis on which to assume that the dominant purpose for prohibiting VLTs

Deuxièmement, la province et chacune des municipalités peuvent avoir maintes raisons de limiter les activités de jeu à des endroits bien précis. Certaines raisons peuvent avoir trait à l'économie locale, alors que d'autres peuvent être d'ordre purement esthétique ou culturel. Rien ne justifie de présumer que

2003 SCC 3 (CanLII)

in certain locations is to regulate public morality. Indeed, the fact that the *VLT Act* does not affect VLTs located at racetracks or other "premises dedicated to gaming activity" suggests that the government was not attempting to condemn VLTs on any moral basis. See *Gaming Control Act*, S.M. 1996, c. 74, s. 1. Rather, it supports the interpretation that the *VLT Act* was designed merely to limit more "incidental" contact with VLTs — in taverns, for example — in municipalities that wish to do so.

l'interdiction des ALV à certains endroits vise principalement à réglementer la moralité publique. En réalité, le fait que la *Loi sur les ALV* ne touche pas les ALV situés dans une piste de course ou d'autres « lieux servant à des activités de jeu » indique que le gouvernement ne tentait pas d'interdire l'exploitation des ALV pour des raisons d'ordre moral. Voir la *Loi sur la Commission de régie du jeu*, L.M. 1996, ch. 74, art. 1. Il étaye plutôt l'interprétation voulant que la *Loi sur les ALV* vise simplement à limiter davantage les occasions d'utiliser les ALV — dans les tavernes, par exemple — dans les municipalités qui le souhaitent.

2003 SCC 3 (CanLII)

30 Third, the presence of moral considerations does not *per se* render a law *ultra vires* the provincial legislature. In giving Parliament exclusive jurisdiction over criminal law, the *Constitution Act, 1867* did not intend to remove all morality from provincial legislation. In many instances, it will be impossible for the provincial legislature to disentangle moral considerations from other issues. For example, in the present case, it is difficult to ignore the various social costs associated with gambling and VLTs. As the Desjardins Report, *supra*, examined in detail, government-run gambling can have adverse social consequences, including addiction, crime, bankruptcy, and reductions in charitable gaming. The provincial government can legitimately consider these social costs when deciding how to regulate gaming in the province. The fact that some of these considerations have a moral aspect does not invalidate an otherwise legitimate provincial law.

Troisièmement, une loi n'excède pas la compétence de la législature provinciale en raison de la seule existence de considérations morales. En accordant au Parlement la compétence exclusive en matière de droit criminel, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne visait pas à exclure de la compétence législative provinciale toute matière ayant trait à la moralité. Dans bien des cas, il sera impossible à la législature provinciale de dégager les considérations morales d'autres considérations. Par exemple, dans la présente affaire, il est difficile de faire abstraction des divers coûts sociaux liés au jeu et aux ALV. Comme en fait foi l'examen approfondi effectué dans le rapport Desjardins, *op. cit.*, le jeu contrôlé par l'État peut avoir des conséquences sociales néfastes, dont la dépendance, la criminalité, la faillite et le déclin des activités de jeu organisées à des fins de bienfaisance. Le gouvernement provincial peut légitimement tenir compte de ces coûts sociaux pour décider comment réglementer le jeu dans la province. Le fait que certaines de ces considérations aient un aspect moral n'invalide pas pour autant une loi provinciale par ailleurs légitime.

31 The dominant purpose of the *VLT Act* is to regulate gaming in the province. Any moral aspects of the *VLT Act* fall within the doctrine of "incidental effects", recently affirmed by this Court in *Kitkatla Band*, *supra*, at para. 54; and *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 23. Where a law is in pith and substance related to the provincial legislative sphere, it will not be struck down merely because it has incidental effects on a

La *Loi sur les ALV* vise principalement à réglementer le jeu dans la province. Tout aspect moral de cette loi est assujetti à l'application de la règle des « effets accessoires » que notre Cour a récemment confirmée dans les arrêts *Bande Kitkatla*, précité, par. 54, et *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23. La loi qui, de par son caractère véritable, touche un domaine de compétence législative provinciale ne sera pas invalidée

federal head of power. For instance, in *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, it was held that a provincial law restricting nude entertainment at licensed taverns was valid. It is reasonable to assume that such a law would have had some incidental effects on public morality. Yet, the Court found that the law was validly enacted because in pith and substance it dealt with licensing, local matters, and property and civil rights.

pour le seul motif qu'elle a des effets accessoires sur un chef de compétence fédérale. Par exemple, dans l'arrêt *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, une loi provinciale limitant les spectacles de nudité dans les débits de boisson autorisés a été jugée valide. L'on peut raisonnablement présumer que cette loi pouvait avoir des effets accessoires sur la moralité publique. Notre Cour a néanmoins conclu à la validité de la loi en question étant donné que, de par son caractère véritable, elle touchait à l'attribution de permis, à des matières d'une nature locale, ainsi qu'à la propriété et aux droits civils.

32 In the present appeal, the provincial government passed a law that was within a provincial head of legislative authority. Although there is a possibility that local morality may affect which municipalities choose to ban VLTs through binding plebiscites, the dominant purpose of the *VLT Act* is not to express moral disapproval of VLTs. In as much as there is a moral aspect to the *VLT Act*, this effect is incidental to the overall regulatory scheme, and does not infringe on Parliament's exclusive authority to legislate criminal law.

Dans la présente affaire, le gouvernement provincial a adopté une loi relevant d'un chef de compétence législative provinciale. En dépit de la possibilité que la moralité de la population locale influe sur le choix de certaines municipalités d'interdire les ALV par référendum décisionnel, la *Loi sur les ALV* ne vise pas principalement à exprimer une désapprobation morale des ALV. Si tant est que la *Loi sur les ALV* comporte un aspect moral, il s'agit là d'un effet accessoire du régime réglementaire global, qui n'empiète pas sur la compétence législative exclusive du Parlement en matière de droit criminel.

33 In making this determination, I am mindful of the presumption of constitutionality recognized in *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 255; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at pp. 687-88; *Re Firearms Act*, *supra*, at para. 25. When faced with two plausible characterizations of a law, we should normally choose that which supports the law's constitutional validity.

En tirant cette conclusion, je suis conscient de la présomption de constitutionnalité reconnue dans *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, p. 255; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 687-688; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 25. Lorsqu'il est possible de qualifier une loi de deux façons, nous devons normalement opter pour celle qui étaye la constitutionnalité de cette loi.

34 The Attorney General of Canada's intervention in support of the provincial government creates a situation of attempted federal-provincial cooperation. The governments, in the absence of jurisdiction, cannot by simple agreement lend legitimacy to a claim that the *VLT Act* is *intra vires*. However, given that both federal and provincial governments guard their legislative powers carefully, when they do agree to shared jurisdiction, that fact should be

L'intervention du procureur général du Canada en faveur du gouvernement provincial constitue une tentative de coopération fédérale-provinciale. En l'absence de compétence, les gouvernements ne peuvent pas simplement convenir de la légitimité d'une allégation que la *Loi sur les ALV* est constitutionnelle. Toutefois, étant donné que tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux défendent farouchement leurs compétences

2003 SCC 3 (CanLII)

given careful consideration by the courts: *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20; *Kitkatla Band*, *supra*, at paras. 72-73.

législatives respectives, lorsqu'ils s'entendent sur le partage d'une compétence, les tribunaux doivent prendre soin de tenir compte de ce fait : *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20; *Bande Kitkatla*, précité, par. 72-73.

35 This principle is further bolstered in the present case by the explicit interaction of the *Criminal Code* and provincial gaming legislation. Section 207(1)(*a*) of the *Criminal Code* specifically creates an exception to the gaming and betting offences where a lottery scheme has been established by a province. It was first enacted in 1969 for the purpose of decriminalizing lotteries and allowing each province to determine whether it wished to establish a lottery scheme. Where no such scheme exists, the *Criminal Code* offences still apply. Parliament has intentionally designed a structure for gaming offences that affirms the double aspect of gaming and promotes federal-provincial cooperation in this area. Section 207(1)(*a*) removes the possibility of operational conflict, and with it, any question of paramountcy.

En l'espèce, ce principe est également étayé par l'interaction explicite entre le *Code criminel* et la législation provinciale en matière de jeu. L'alinéa 207(1)*a*) du *Code criminel* rend expressément inapplicables les infractions en matière de jeu et de pari dans le cas d'une loterie mise sur pied par une province. Cette disposition, qui date de 1969, a été adoptée pour décriminaliser la loterie et permettre à chacune des provinces qui le souhaitent de mettre sur pied un système de loterie. En l'absence d'un tel système, les infractions prévues par le *Code criminel* continuent de s'appliquer. C'est à dessein que le législateur fédéral a établi un régime d'infractions en matière de jeu qui confirme le double aspect du jeu et qui favorise la coopération fédérale-provinciale dans ce domaine. L'alinéa 207(1)*a*) écarte toute possibilité de conflit sur le plan du fonctionnement et, de ce fait, toute question de prépondérance.

36 I conclude that the *VLT Act* in its entirety, and s. 16 in particular, are *intra vires* the provincial legislature. The Act's purposes are to regulate gaming in the province and to allow for local input on the issue of VLTs, both of which fall under the powers enumerated in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is not an attempt to legislate criminal law, as it has neither penal consequences nor a criminal law purpose. Finally, the issues of interjurisdictional immunity and paramountcy do not arise in this case, and they need not be discussed beyond what has already been stated.

J'arrive à la conclusion que la *Loi sur les ALV*, en entier, et l'art. 16, en particulier, relèvent de la compétence législative de la province. Cette loi a pour objet de réglementer le jeu dans la province et de permettre à la population locale de s'exprimer sur la question des ALV; ces deux objectifs relèvent des champs de compétence énumérés à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Loi ne représente pas une tentative de légiférer en matière criminelle étant donné qu'elle ne comporte aucune conséquence pénale ni aucun objet relevant du droit criminel. Enfin, les questions de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance ne se posent pas en l'espèce, et il n'est pas nécessaire de s'y attarder davantage.

C. *The Claim of Improper Delegation*

C. *L'argument de la délégation irrégulière*

37 Before turning to the various *Charter* claims, a brief comment is warranted on the argument raised by the intervening group of Alberta merchants. They challenged the entire *VLT Act* on the ground that it constitutes an improper abdication of the

Avant d'examiner les divers arguments fondés sur la *Charte*, il convient de commenter brièvement l'argument avancé par le groupe d'intervenants constitué des commerçants albertains. Ceux-ci ont contesté la *Loi sur les ALV* en entier pour le motif

2003 SCC 3 (CanLII)

legislature's law-making powers and usurps the authority of the Lieutenant Governor. These interveners submit that, by allowing municipalities to hold binding plebiscites, the provincial government has given them the power to make and repeal law. This, they argue, violates the provincial legislature's exclusive authority to make laws for the province.

que cette loi représente une renonciation irrégulière, de la part de la législature, à sa compétence législative et une usurpation du pouvoir du lieutenant-gouverneur. Ces intervenants soutiennent qu'en permettant aux municipalités de tenir des référendums décisionnels le gouvernement provincial leur a accordé le pouvoir d'adopter et d'abroger des lois. D'après eux, cela viole le pouvoir exclusif du gouvernement provincial d'adopter des lois applicables dans la province.

38 This submission fails, as the interveners' argument rests on an incorrect characterization of the impugned legislation. The *VLT Act* does not, in any way, empower municipal voters to enact legislation. The Act has been wholly drafted, debated and enacted by the provincial legislature, and has been given Royal Assent by the Lieutenant Governor. It sets out how the municipal plebiscites will take place and what their effects will be in the relevant municipalities. The only role played by municipal electors is in initiating and voting in a plebiscite. The results of the plebiscite determine whether the prohibition in s. 3 of the *VLT Act* will apply in the municipality. In other words, the application of the statutory VLT prohibition is conditional upon there being a certain plebiscite result. Consequently, the *VLT Act* falls within the category of "conditional legislation" which was upheld by the Privy Council in *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, at p. 835:

> . . . the Act does not delegate any legislative powers whatever. It contains within itself the whole legislation on the matters with which it deals. The provision that certain parts of the Act shall come into operation only on the petition of a majority of electors does not confer on these persons power to legislate. Parliament itself enacts the condition and everything which is to follow upon the condition being fulfilled. Conditional legislation of this kind is in many cases convenient, and is certainly not unusual, and the power so to legislate cannot be denied to the Parliament of Canada, when the subject of legislation is within its competency.

Cet argument des intervenants ne saurait être retenu étant donné qu'il repose sur une qualification incorrecte de la mesure législative contestée. La *Loi sur les ALV* n'habilite aucunement les électeurs d'une municipalité à légiférer. Elle a été rédigée, débattue et adoptée en entier par la législature provinciale et a reçu la sanction royale du lieutenant-gouverneur. Elle énonce la façon de tenir un référendum municipal et précise les effets qu'un tel référendum aura dans la municipalité concernée. Le rôle des électeurs municipaux se limite à organiser le référendum et à y participer en votant. Le résultat du référendum détermine si l'interdiction prévue à l'art. 3 de la *Loi sur les ALV* s'appliquera ou non dans la municipalité. En d'autres termes, l'application de l'interdiction légale des ALV dépend de l'issue du référendum. Par conséquent, la *Loi sur les ALV* relève de la catégorie des « lois conditionnelles » dont le Conseil privé a confirmé la validité dans l'arrêt *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, p. 835 :

> [TRADUCTION] . . . la Loi ne délègue aucun pouvoir législatif. Elle édicte toutes les mesures législatives applicables aux matières sur lesquelles elle porte. La disposition selon laquelle certaines parties de la Loi ne s'appliquent qu'à la suite d'une pétition présentée en ce sens par une majorité d'électeurs ne confère pas à ces personnes le pouvoir de légiférer. Le Parlement établit lui-même la condition et tout ce qui s'ensuit une fois qu'elle est remplie. Une loi conditionnelle de ce genre est pratique dans bien des cas et n'est sûrement pas inhabituelle. On ne peut pas nier au Parlement du Canada le pouvoir de légiférer ainsi lorsque l'objet de la mesure législative en question relève de sa compétence.

39 Through the *VLT Act*, the Manitoba Government has employed a statutory instrument to bind itself to respect local opinion. Nowhere does the Act, in

En adoptant la *Loi sur les ALV*, le gouvernement manitobain s'est engagé légalement à respecter l'opinion exprimée par la population locale. Que ce

2003 SCC 3 (CanLII)

purpose or effect, give municipal voters the power to legislate. This case is distinguishable from *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1 (C.A.), upon which the interveners based their argument. There, the impugned legislation allowed voters to submit laws for approval by ballot and, if approved, the proposed law would be deemed an Act of the provincial legislature. Here, there has been no attempt to bypass the Legislative Assembly or to usurp its law-making function. The Act merely allows municipalities to decide on the applicability of the Act to their communities.

soit dans son objet ou dans son effet, la Loi ne confère nullement aux électeurs municipaux le pouvoir de légiférer. La présente affaire peut être distinguée du renvoi intitulé *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1 (C.A.), sur lequel repose l'argument des intervenants. Dans cette affaire, la loi contestée permettait aux électeurs de soumettre au scrutin l'approbation d'une loi. En cas d'approbation, la loi proposée était réputée constituer une loi de la législature provinciale. En l'espèce, personne n'a tenté de contourner l'Assemblée législative ou d'usurper sa fonction de législateur. La Loi autorise simplement les municipalités à décider de l'applicabilité de ses dispositions sur leur territoire.

Finally, I would add that the interveners' argument would severely restrict Parliament and the provincial legislatures from enacting "local option" legislation, which was upheld over a century ago by the Privy Council in *Russell*, *supra*, with respect to the *Canada Temperance Act*. That decision was affirmed by the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, and there is no need to question its continued validity as authority on this issue.

40 Enfin, j'ajoute que retenir l'argument des intervenants limiterait considérablement le pouvoir du Parlement et des législatures provinciales d'adopter des lois sur les « options locales », pouvoir que le Conseil privé a confirmé il y a plus d'un siècle dans l'arrêt *Russell*, précité, relativement à l'*Acte de tempérance du Canada*. Le Conseil privé a confirmé cette décision dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, qui fait toujours autorité en la matière.

D. *The Claim under Section 2(b) of the Charter*

D. *L'argument fondé sur l'al. 2b) de la Charte*

According to the appellants, the effect of the "deemed vote" in s. 16 of the *VLT Act* was to deny them the right to vote in a plebiscite under the Act and, therefore, to violate their freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. There is no question since this Court's decision in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, that casting a vote is a form of expression that is protected under s. 2(*b*). The question in this case is whether s. 16 of the *VLT Act* actually violates this freedom. I conclude that it does not.

41 Selon les appelants, la présomption de scrutin, à l'art. 16 de la *Loi sur les ALV*, les a privés du droit de voter lors d'un référendum tenu conformément à la Loi et a donc porté atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Depuis l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, il ne fait aucun doute que l'exercice du droit de vote est une forme d'expression protégée par l'al. 2*b*). La question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* porte réellement atteinte à cette liberté. Je conclus que non.

While *Haig* held that voting is a protected form of expression, it also concluded that there is no constitutional right to vote in a referendum. See L'Heureux-Dubé J., at pp. 1040-41:

42 Dans l'arrêt *Haig*, notre Cour a statué que voter est une forme d'expression protégée, mais elle a également conclu qu'il n'existe aucun droit constitutionnel de voter à un référendum. Voir les motifs de la juge L'Heureux-Dubé, aux p. 1040-1041 :

A referendum is a creation of legislation. Independent of the legislation giving genesis to a referendum, there is no right of participation. The right to vote in a

Un référendum est une création de la loi. Abstraction faite de la loi prévoyant le référendum, il n'existe aucun droit d'y prendre part. Le droit d'y voter découle de la

2003 SCC 3 (CanLII)

referendum is a right accorded by statute, and the statute governs the terms and conditions of participation. . . . In my view, though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(*b*) of the *Charter* does not impose upon a government, whether provincial or federal, any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum. Nor does it confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum. A government is under no constitutional obligation to extend this platform of expression to anyone, let alone to everyone. A referendum as a platform of expression is, in my view, a matter of legislative policy and not of constitutional law. [Emphasis in original.]

loi et c'est celle-ci qui régit les conditions auxquelles est soumis le droit d'y participer. [. . .] À mon avis, bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2*b*) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement, provincial ou fédéral, une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un référendum. Il ne confère pas, non plus, à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Le gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir cette tribune pour favoriser l'expression à qui que ce soit, et encore moins à tous. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel. [Souligné dans l'original.]

A municipal plebiscite, like a referendum, is a creation of legislation. In the present case, any right to vote in a plebiscite must be found within the language of the *VLT Act*. It alone defines the terms and qualifications for voting. Accordingly, the appellants cannot complain that the *VLT Act*, itself, denied them the right to vote in a VLT plebiscite.

Comme tout autre référendum, un référendum municipal est une création de la loi. Dans la présente affaire, tout droit de voter à un référendum doit être prévu par la *Loi sur les ALV*. Elle seule définit les conditions et modalités de l'exercice du droit de vote. Les appelants ne peuvent donc pas se plaindre que la *Loi sur les ALV*, elle-même, les prive du droit de voter à un référendum sur les ALV.

43 A *caveat* was added in *Haig* that, once the government decides to extend referendum voting rights, it must do so in a fashion that is consistent with other sections of the *Charter*. However, as the appellants submitted that they had been denied referendum voting rights on a discriminatory basis, their claim should be assessed under s. 15(1), of which more will be said below.

Dans l'arrêt *Haig*, notre Cour a fait la mise en garde suivante : lorsque le gouvernement décide d'accorder le droit de voter à un référendum, il doit le faire d'une manière conforme aux autres dispositions de la *Charte*. Toutefois, comme les appelants ont soutenu qu'ils s'étaient vu refuser de façon discriminatoire le droit de voter, leur argument doit être examiné au regard du par. 15(1), sur lequel je reviendrai plus loin.

44 Finally, it is worth noting that the *VLT Act* does not prevent the residents of Winkler from voting in future plebiscites on the issue of VLTs. They have not been disenfranchised from VLT plebiscites. Like all other residents of Manitoba, they are free to initiate a plebiscite under the Act to either reinstate or remove VLTs from their municipality.

Enfin, il importe de souligner que la *Loi sur les ALV* n'empêche pas les résidants de Winkler de voter sur la question des ALV lors d'un autre référendum. Ils ne sont pas privés du droit de voter à un référendum portant sur les ALV. Comme tous les autres résidants du Manitoba, il leur est loisible d'organiser, conformément à la Loi, un référendum visant à permettre à nouveau les ALV dans la municipalité ou à les en retirer.

E. *The Claim under Section 7 of the Charter*

E. *L'argument fondé sur l'art. 7 de la Charte*

45 The appellants also submitted that s. 16 of the *VLT Act* violates their right under s. 7 of the *Charter* to pursue a lawful occupation. Additionally, they submitted that it restricts their freedom of

Les appelants ont également soutenu que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* porte atteinte au droit d'exercer un métier licite que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*. Ils ont ajouté que cette disposition restreint leur

2003 SCC 3 (CanLII)

movement by preventing them from pursuing their chosen profession in a certain location, namely, the Town of Winkler. However, as a brief review of this Court's *Charter* jurisprudence makes clear, the rights asserted by the appellants do not fall within the meaning of s. 7. The right to life, liberty and security of the person encompasses fundamental life choices, not pure economic interests. As La Forest J. explained in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66:

droit de circuler librement en les empêchant d'exercer le métier de leur choix à un endroit particulier, à savoir la ville de Winkler. Toutefois, un bref examen de la jurisprudence de notre Cour relative à la *Charte* révèle clairement que les droits invoqués par les appelants ne sont pas visés par l'art. 7. Le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne englobe les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, et non des intérêts purement économiques. Comme le juge La Forest l'a expliqué dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66 :

> . . . the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

> . . . l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

More recently, *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, concluded that the stigma suffered by Mr. Blencoe while awaiting trial of a human rights complaint against him, which hindered him from pursuing his chosen profession as a politician, did not implicate the rights under s. 7. See Bastarache J., at para. 86:

Plus récemment, dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, notre Cour a conclu que la stigmatisation dont M. Blencoe a été victime, en attendant l'instruction de la plainte en matière de droits de la personne qui avait été déposée contre lui et qui l'avait empêché d'exercer son métier de politicien, ne faisait pas intervenir les droits garantis à l'art. 7. Voir les motifs du juge Bastarache, au par. 86 :

> The prejudice to the respondent in this case . . . is essentially confined to his personal hardship. He is not "employable" as a politician, he and his family have moved residences twice, his financial resources are depleted, and he has suffered physically and psychologically. However, the state has not interfered with the respondent and his family's ability to make essential life choices. To accept that the prejudice suffered by the respondent in this case amounts to state interference with his security of the person would be to stretch the meaning of this right.

> . . . le préjudice subi par l'intimé en l'espèce se limite essentiellement à ses difficultés personnelles. Il est « inapte au travail » de politicien, sa famille et lui ont changé de lieu de résidence deux fois, il a épuisé ses ressources financières et il a souffert tant physiquement que psychologiquement. Cependant, l'État n'a pas porté atteinte à la capacité de l'intimé et des membres de sa famille de faire des choix essentiels dans leur vie. Accepter que le préjudice subi par l'intimé en l'espèce équivaut à une atteinte de l'État au droit qu'il a à la sécurité de sa personne serait forcer le sens de ce droit.

46 In the present case, the appellants' alleged right to operate VLTs at their place of business cannot be characterized as a fundamental life choice. It is purely an economic interest. The ability to generate business revenue by one's chosen means is not a right that is protected under s. 7 of the *Charter*.

Dans la présente affaire, le droit que les appelants auraient d'exploiter des ALV dans leurs établissements ne saurait être qualifié de choix fondamental dans leur vie. Il représente simplement un intérêt économique. La capacité d'une personne de générer un revenu d'entreprise par le moyen de son choix n'est pas un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

2003 SCC 3 (CanLII)

F. *The Claim under Section 15(1) of the Charter*

47 The appellants argued that their rights under s. 15(1) of the *Charter* were violated by s. 16 of the *VLT Act*. This claim should be analyzed in accordance with the three-pronged test summarized by Iacobucci J. in *Law*, *supra*, at para. 88:

(A) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect;

(B) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and

(C) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

The appellants submitted that part (A) of the test was met because s. 16 of the *VLT Act* distinguished between residents of Winkler and all other residents of Manitoba. They further argued that this distinction was based on the analogous ground of residence, and was discriminatory because it denied them the opportunity to vote in a binding plebiscite on the issue of VLTs.

48 There is no merit in this ground of appeal. First, although s. 16 of the *VLT Act* clearly makes a distinction between Winkler and other municipalities, it is implausible that residence in Winkler constitutes an analogous ground of discrimination. Residence was rejected as an analogous ground in both *Haig*, *supra*, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. Further, the majority in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, clearly stated that the analogous ground recognized in that case was "Aboriginality-residence", and that "no new water is charted, in the sense of finding residence, in the generalized abstract, to be an analogous ground" (para. 15). In rejecting the claimant's s. 15 argument in *Haig*, the majority explained, at p. 1044, why residence is an unlikely analogous ground:

F. *L'argument fondé sur le par. 15(1) de la Charte*

Les appelants ont soutenu que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* portait atteinte aux droits que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Cet argument doit être analysé en fonction du critère à trois volets résumé par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, précité, par. 88 :

(A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes?

(B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

(C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité?

Les appelants ont fait valoir que le volet (A) du critère était respecté en raison de la distinction que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* établissait entre les résidants de Winkler et tous les autres résidants du Manitoba. Ils ont ajouté que cette distinction reposait sur le motif analogue du lieu de résidence et qu'elle était discriminatoire étant donné qu'elle leur refusait la possibilité de voter à un référendum décisionnel sur la question des ALV.

Ce moyen d'appel n'est pas bien fondé. Premièrement, bien que l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* établisse clairement une distinction entre Winkler et les autres municipalités, il est invraisemblable que le fait de résider à Winkler constitue un motif analogue de discrimination. Notre Cour a refusé de reconnaître le lieu de résidence comme étant un motif analogue tant dans l'arrêt *Haig*, précité, que dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. En outre, dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, les juges majoritaires ont clairement affirmé que le motif analogue reconnu dans cette affaire était celui de l'« autochtonité-lieu de résidence » et que « rien de nouveau n'a été établi, en ce sens qu'il n'a pas été jugé que le lieu de résidence constituait, de façon générale, un motif analogue » (par. 15). Dans l'arrêt *Haig*, précité, p. 1044, en rejetant l'argument des demandeurs fondé sur l'art. 15, les juges majoritaires ont expliqué pourquoi il était improbable que le lieu de résidence constitue un motif analogue :

2003 SCC 3 (CanLII)

It would require a serious stretch of the imagination to find that persons moving to Quebec less than six months before a referendum date are analogous to persons suffering discrimination on the basis of race, religion or gender. People moving to Quebec less than six months before a referendum date do not suffer from stereotyping, or social prejudice. Though its members were unable to cast a ballot in the Quebec referendum, the group is not one which has suffered historical disadvantage, or political prejudice. Nor does the group appear to be "discrete and insular". Membership in the group is highly fluid, with people constantly flowing in or out once they meet Quebec's residency requirements. [Emphasis in original.]

Ce serait fantaisiste au plus haut degré de conclure que les personnes qui déménagent au Québec moins de six mois avant la date d'un référendum sont assimilables aux victimes d'une discrimination fondée sur la race, la religion ou le sexe. Les personnes qui s'installent au Québec moins de six mois avant la date d'un référendum ne souffrent ni de stéréotypage ni de préjugés sociaux. Quoique ses membres n'aient pu voter au référendum québécois, le groupe en question n'est pas de ceux qui ont subi des désavantages historiques ou des préjugés politiques. Il ne semble pas s'agir non plus d'un groupe « distinct et séparé ». Sa composition est hautement changeante : des gens s'y ajoutent constamment puis cessent d'en faire partie dès qu'ils satisfont aux exigences posées par le Québec en matière de résidence. [Souligné dans l'original.]

Although the Court in *Haig* left it open for residence to be established as an analogous ground in the appropriate case, I share the trial judge's view here that this is not such a case. Nothing suggests that Winkler residents are historically disadvantaged or that they suffer from any sort of prejudice.

Même si, dans cet arrêt, notre Cour n'a pas écarté la possibilité d'établir que le lieu de résidence constitue un motif analogue dans un cas qui s'y prête, je partage l'avis de la juge de première instance qu'il n'est pas possible de le faire en l'espèce. Rien n'indique que les résidants de Winkler subissent un désavantage historique ou quelque autre forme de préjudice.

49

However, putting the appellants' case at its best and assuming that they could establish a distinction based on an analogous ground, the legislation does not discriminate against them in any substantive sense. It is not necessary to proceed through all the contextual factors listed by Iacobucci J. in *Law*, *supra*, because it is clear that the *VLT Act* directly corresponds to the circumstances of Winkler residents. The Town of Winkler was singled out in s. 16 of the *VLT Act* because it was the only municipality to have held a plebiscite on the issue of VLTs. The very purpose of that section was to respect the will of Winkler residents, as expressed in their 1998 plebiscite. Viewed in the context of that plebiscite, I am not convinced that any reasonable resident of Winkler would feel that he or she has been marginalized, devalued or ignored as a member of Canadian society (see *Law*, *supra*, at para. 53). There is no harm to dignity, and no violation of s. 15(1).

Toutefois, en considérant le dossier des appelants sous l'angle le plus favorable et en supposant qu'ils pourraient établir l'existence d'une distinction fondée sur un motif analogue, force est de conclure que la mesure législative en question n'est pas réellement discriminatoire à leur endroit. Il n'est pas nécessaire d'examiner tous les facteurs contextuels énumérés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, précité, puisqu'il est manifeste que la situation des résidants de Winkler correspond exactement au genre de cas prévu par la *Loi sur les ALV*. La mention de cette ville à l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* s'explique par le fait qu'elle était la seule municipalité à avoir tenu un référendum sur la question des ALV. L'objet même de cette disposition était de respecter la volonté que les résidants de Winkler avait exprimée lors du référendum de 1998. Au regard de ce référendum, je ne suis pas convaincu qu'un résidant raisonnable de Winkler s'estimerait marginalisé, dévalorisé ou mis de côté en tant que membre de la société canadienne (voir l'arrêt *Law*, précité, par. 53). Il n'y a pas d'atteinte à la dignité ni aucune violation du par. 15(1).

2003 SCC 3 (CanLII)

50 It was noted above in the s. 2(*b*) claim that s. 15(1) might be implicated where the opportunity to vote in a plebiscite is extended to some and withheld from others based on a prohibited ground of discrimination. This would be the case if a law prohibited members of a certain race or religion from voting in a plebiscite. However, that is not the case in this appeal. First, as previously noted, the distinction in s. 16 of the *VLT Act* is not based on an analogous ground. Second, the distinction does not affect the qualification and ability of Winkler residents to vote in a VLT plebiscite under the Act. They are free to initiate a plebiscite should they wish to reinstate VLTs in their community. Consequently, although s. 16 makes a distinction for Winkler residents, that distinction has nothing to do with the alleged right to vote.

Comme je l'ai souligné plus haut relativement à l'argument fondé sur l'al. 2*b*), il se pourrait que le par. 15(1) s'applique lorsque la possibilité de voter à un référendum est accordée à certaines personnes et refusée à d'autres pour un motif de discrimination illicite. Ce serait le cas si une loi interdisait à des personnes de voter à un référendum en raison de leur race ou de leur religion. Cependant, cette situation n'existe pas en l'espèce. Premièrement, comme nous l'avons vu, la distinction établie à l'art. 16 de la *Loi sur les ALV* n'est pas fondée sur un motif analogue. Deuxièmement, elle n'a aucune incidence sur l'habilité et l'aptitude des résidants de Winkler à voter à un référendum sur les ALV tenu en application de la Loi. Il leur est loisible d'organiser un référendum s'ils souhaitent permettre à nouveau l'exploitation d'ALV dans leur municipalité. En conséquence, même si l'art. 16 établit une distinction en ce qui concerne les résidants de Winkler, cette distinction n'a rien à voir avec le droit de vote qui existerait.

51 VII. Conclusion and Disposition

These reasons support the October 31, 2002 dismissal of this appeal. The respondents are entitled to costs, and the stated constitutional questions are answered as follows:

(1) Is *The Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44, in its entirety *ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

(2) Is s. 16(1) of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act ultra vires* the Legislature of the Province of Manitoba as it relates to a subject matter which is within the exclusive jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

VII. Conclusion et dispositif

Les présents motifs appuient la décision de rejeter le pourvoi rendue le 31 octobre 2002. Les intimés ont droit aux dépens, et les réponses suivantes sont apportées aux questions constitutionnelles qui ont été formulées :

(1) La *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44, excède-t-elle dans son ensemble la compétence de la législature du Manitoba du fait qu'elle porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

(2) Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* excède-t-il la compétence de la législature du Manitoba du fait qu'il porte sur une matière qui relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2003 SCC 3 (CanLII)

(3) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

(4) If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

(5) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

(6) If the answer to question 5 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

(7) Is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

(8) If the answer to question 7 is in the affirmative, is s. 16 of *The Gaming Control Local Option (VLT) Act* nevertheless justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Hill Abra Dewar, Winnipeg.

Solicitor for the respondents: Department of Justice, Winnipeg.

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

(3) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

(4) Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

(5) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

(6) Si la réponse à la cinquième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

(7) L'article 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

(8) Si la réponse à la septième question est affirmative, l'art. 16 de la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)* est-il néanmoins justifié au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Hill Abra Dewar, Winnipeg.

Procureur des intimés : Ministère de la Justice, Winnipeg.

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

2003 SCC 3 (CanLII)

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the interveners 292129 Alberta Ltd. et al.: Merchant Law Group, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.

Procureurs des intervenants 292129 Alberta Ltd. et autres : Merchant Law Group, Edmonton.

2003 SCC 3 (CanLII)

4

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Irwin Toy Limited *Respondent*

and

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

and

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

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

File No.: 20074.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

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

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

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

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Irwin Toy Limited *Intimée*

et

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

et

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

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

N° du greffe: 20074.

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

(1) Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the provincial legislature nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*.

(2) The override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act* expired on June 23, 1987.

(3) Sections 248 and 249 infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*.

(4) *Per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): Sections 248 and 249 are justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

(5) Section 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

---

(1) *Constitution Act, 1867*

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

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

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

(1) Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de la législature provinciale ni privés d'effet en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*.

(2) La disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur* a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987.

(3) Les articles 248 et 249 violent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

(4) *Le* juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Les articles 248 et 249 sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

(5) L'article 7 de la *Charte* canadienne ne peut être invoqué par l'intimée.

---

(1) *Loi constitutionnelle de 1867*

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

(2) *Application of Canadian Charter*

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

(3) *Freedom of Expression*

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

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

(2) *Application de la Charte canadienne*

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

(3) *Liberté d'expression*

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

(4) *Reasonable Limits*

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

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

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

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

(4) *Limites raisonnables*

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

(5) *Fundamental Justice*

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

Cases Cited

By the majority

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

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

(5) *Justice fondamentale*

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

Jurisprudence

Citée par la majorité

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

1989 CanLII 87 (SCC)

By the minority

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

Citée par la minorité

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. "Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*". Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

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

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

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

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

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

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

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

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

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. «Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur*». Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

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

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

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

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

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

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

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

Yves de Montigny and *Richard Tardif*, for the appellant.

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

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

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

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

Yves de Montigny et *Richard Tardif*, pour l'appelant.

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

I—The Relevant Legislative and Constitutional Provisions

The relevant provisions of the *Consumer Protection Act* are ss. 248, 249 and 252, which provide:

248. Subject to what is provided in the regulations, no person may make use of commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

249. To determine whether or not an advertisement is directed at persons under thirteen years of age, account must be taken of the context of its presentation, and in particular of

(*a*) the nature and intended purpose of the goods advertised;

(*b*) the manner of presenting such advertisement;

(*c*) the time and place it is shown.

The fact that such advertisement may be contained in printed matter intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over, or that it may be broadcast during air time intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over does not create a presumption that it is not directed at persons under thirteen years of age.

252. For the purposes of sections 231, 246, 247, 248 and 250, "to advertise" or "to make use of advertising" means to prepare, utilize, distribute, publish or broadcast an advertisement, or to cause it to be distributed, published or broadcast.

The relevant provisions of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, are ss. 87 to 91 in Division II of Chapter VII, entitled "Advertising directed at children", which provide:

87. For the purposes of this Division, the word "child" means a person under 13 years of age.

88. An advertisement directed at children is exempt from the application of section 248 of the Act, under the following conditions:

(*a*) it must appear in a magazine or insert directed at children;

(*b*) the magazine or insert must be for sale or inserted in a publication which is for sale;

(*c*) the magazine or insert must be published at intervals of not more than 3 months; and

I—Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la protection du consommateur* sont les art. 248, 249 et 252:

248. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.

249. Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:

a) de la nature et de la destination du bien annoncé;

b) de la manière de présenter ce message publicitaire;

c) du moment ou de l'endroit où il apparaît.

Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

252. Aux fins des articles 231, 246, 247, 248 et 250, on entend par faire de la publicité le fait de préparer, d'utiliser, de distribuer, de faire distribuer, de publier ou de faire publier, de diffuser ou de faire diffuser un message publicitaire.

Les dispositions pertinentes du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, sont les art. 87 à 91 de la section II du chapitre VII, intitulée «Publicité destinée à des enfants»:

87. Aux fins de la présente section, le mot «enfant» désigne une personne âgée de moins de 13 ans.

88. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants, aux conditions suivantes:

a) il doit être contenu dans une revue ou dans un encart qui est destiné à des enfants;

b) cette revue ou cet encart doit être offert en vente ou inséré dans une publication offerte en vente;

c) cette revue ou cet encart doit être publié à des intervalles n'excédant pas 3 mois; et

1989 CanLII 87 (SCC)

(*d*) the advertisement must meet the requirements of section 91.

89. An advertisement directed at children is exempted from the application of section 248 of the Act if its purpose is to announce a programme or show directed at them, provided that the advertisement is in conformity with the requirements of section 91.

90. An advertisement directed at children is exempt from the application of section 248 of the Act, if it is constituted by a store window, a display, a container, a wrapping or a label or if it appears therein, provided that the requirements of paragraphs *a* to *g*, *j*, *k*, *o* and *p* of section 91 are met.

91. For the purposes of applying sections 88, 89 and 90, an advertisement directed at children may not:

(*a*) exaggerate the nature, characteristics, performance or duration of goods or services;

(*b*) minimize the degree of skill, strength or dexterity or the age necessary to use goods or services;

(*c*) use a superlative to describe the characteristics of goods or services or a diminutive to indicate its cost;

(*d*) use a comparative or establish a comparison with the goods or services advertised;

(*e*) directly incite a child to buy or to urge another person to buy goods or services or to seek information about it;

(*f*) portray reprehensible social or family lifestyles;

(*g*) advertise goods or services that, because of their nature, quality or ordinary use, should not be used by children;

(*h*) advertise a drug or patent medicine;

(*i*) advertise vitamin in liquid, powdered or tablet form;

(*j*) portray a person acting in an imprudent manner;

(*k*) portray goods or services in a way that suggests an improper or dangerous use thereof;

(*l*) portray a person or character known to children to promote goods or services, except:

i. in the case of an artist, actor or professional announcer who does not appear in a publication or programme directed at children;

d) le message publicitaire doit être conforme aux exigences de l'article 91.

89. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants dont l'objet est d'annoncer un spectacle qui leur est destiné, à la condition que ce message soit conforme aux exigences de l'article 91.

90. Est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette de même que celui qui y apparaît, à la condition que les exigences des paragraphes *a* à *g*, *j*, *k*, *o* et *p* de l'article 91 soient respectées.

91. Aux fins de l'application des articles 88, 89 et 90, un message publicitaire destiné à des enfants ne peut:

a) exagérer la nature, les caractéristiques, le rendement ou la durée d'un bien ou d'un service;

b) minimiser le degré d'habileté, la force, l'adresse ou l'âge requis pour faire usage d'un bien ou d'un service;

c) employer un superlatif pour décrire les caractéristiques d'un bien ou d'un service ou un diminutif pour en indiquer le coût;

d) employer un comparatif ou établir une comparaison en relation avec le bien ou le service qui fait l'objet du message publicitaire;

e) inciter directement un enfant à acheter ou à inviter une autre personne à acheter un bien ou un service ou à s'informer à leur sujet;

f) représenter des habitudes de vie sociale ou familiale répréhensibles;

g) annoncer un bien ou un service qui, par sa nature, sa qualité ou son usage ordinaire, ne devrait pas être à l'usage d'un enfant;

h) annoncer un médicament ou une spécialité pharmaceutique;

i) annoncer une vitamine sous forme liquide, en poudre ou en comprimé;

j) représenter une personne agissant d'une façon imprudente;

k) représenter un bien ou un service de façon à en suggérer un usage impropre ou dangereux;

l) représenter une personne ou un personnage connu des enfants de façon à promouvoir un bien ou un service sauf:

i. s'il s'agit d'un artiste, d'un acteur ou d'un présentateur professionnel qui ne figure pas dans une publication ou une émission destinée aux enfants;

1989 CanLII 87 (SCC)

ii. in the case provided for in section 89 where he is illustrated as a participant in a show directed at children.

For the purposes of this paragraph, a character created expressly to advertise goods or services is not considered a character known to children if it is used for advertising alone;

(*m*) use an animated cartoon process except to advertise a cartoon show directed at children;

(*n*) use a comic strip except to advertise a comic book directed at children;

(*o*) suggest that owning or using a product will develop in a child a physical, social or psychological advantage over other children of his age, or that being without the product will have the opposite effect;

(*p*) advertise goods in a manner misleading a child into thinking that, for the regular price of those goods, he can obtain goods other than those advertised.

Sections 3 and 9.1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* provide:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

Sections 1, 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provide:

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

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

ii. dans le cas prévu à l'article 89 à titre d'illustration de sa participation à un spectacle qui est destiné aux enfants.

Aux fins du présent paragraphe, n'est pas un personnage connu des enfants celui créé dans le but d'annoncer un bien ou un service, lorsqu'il est utilisé à cette fin seulement;

m) employer un procédé d'animation cinématographique sauf pour annoncer un spectacle d'animation cinématographique qui leur est destiné;

n) employer une bande illustrée sauf pour annoncer une publication de bandes illustrées qui leur est destinée;

o) suggérer que le fait de posséder ou d'utiliser un bien développe chez un enfant un avantage physique, social ou psychologique par rapport aux autres enfants de son âge, ou que la privation de cette marchandise a un effet contraire;

p) annoncer un bien d'une façon telle qu'un enfant soit faussement porté à croire que, pour le prix ordinaire de ce bien, il peut se procurer d'autres biens que celui annoncé.

Les articles 3 et 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec prévoient:

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

L'article premier, l'al. 2*b*) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoient:

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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 principles of fundamental justice.

II—The Respondent's Declaratory Action and the Judgments of the Superior Court and the Court of Appeal

In the fall of 1980 the respondent broadcast advertising messages which the Office de la protection du consommateur claimed were in contravention of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*. On November 21, 1980, following several warnings from the Office, the respondent instituted an action seeking a declaration that ss. 248 and 249 of the Act were *ultra vires* or alternatively inoperative. In December of that year some 188 charges of contravention of the Act were laid against the respondent. According to the respondent the charges were ultimately disposed of on the basis that the court which was seized of them lacked jurisdiction: *F.H. Hayhurst Co. v. Langlois*, [1984] C.A. 74. An interlocutory injunction was granted against the respondent on June 26, 1981 by Landry J. of the Superior Court. That order was appealed. A motion to suspend the injunction pending the appeal was dismissed. A motion for contempt against the respondent and its vice-president was dismissed on the ground that the injunction order was too vague. The penal, injunction and contempt proceedings are not really relevant to the issues in the appeal but they serve to indicate the extent to which the respondent has become embroiled in the application of the challenged provisions and its interest in bringing its action for a declaration.

As appears from the judgment of Hugessen A.C.J. (as he then was), the principal contention of the respondent was that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were colourable legislation in that, while purporting to apply generally to commercial advertising directed to persons under thirteen years of age, their true purpose or object, as indicated by the regulations and the evidence of the nature of children's advertising at the time the provisions were adopted, was to prohibit television advertising directed to persons under thirteen

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

II—L'action en jugement déclaratoire de l'intimée et les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

Au cours de l'automne 1980, l'intimée a diffusé des messages publicitaires que l'Office de la protection du consommateur prétendait contrevenir aux art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Après avoir reçu plusieurs avertissements de l'Office, l'intimée a intenté, le 21 novembre 1980, une action en vue de faire déclarer *ultra vires* ou, subsidiairement, inopérants les art. 248 et 249 de la Loi. Au mois de décembre de la même année, quelque 188 accusations de contraventions à la Loi ont été déposées contre l'intimée. Selon cette dernière, les accusations ont finalement été rejetées pour le motif que le tribunal qui en avait été saisi n'avait pas compétence: *F.H. Hayhurst Co. c. Langlois*, [1984] C.A. 74. Le juge Landry de la Cour supérieure a accordé une injonction interlocutoire contre l'intimée le 26 juin 1981. L'ordonnance a été portée en appel. Une requête visant à suspendre l'injonction jusqu'à ce qu'une décision soit rendue en appel a été rejetée. Une requête pour outrage contre l'intimée et son vice-président a été rejetée pour le motif que l'ordonnance d'injonction était trop vague. Les procédures pénales, les procédures relatives à l'injonction et à l'outrage ne sont pas vraiment pertinentes dans ce pourvoi mais elles illustrent bien les difficultés auxquelles l'intimée a fait face dans l'application des dispositions attaquées et son intérêt à intenter l'action déclaratoire.

Il ressort du jugement du juge en chef adjoint Hugessen (tel était alors son titre) que l'intimée prétendait essentiellement que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* étaient de la législation déguisée en ce sens que, destinés apparemment à s'appliquer à l'ensemble de la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans, leur véritable but ou objet, selon le règlement et la preuve relative à la nature de la publicité destinée aux enfants à l'époque de l'adoption des dispositions, était d'interdire

1989 CanLII 87 (SCC)

years of age. Hugessen A.C.J. expressed the respondent's contention as follows at p. 97: "The principal thrust of the plaintiff's [i.e. Irwin Toy's] attack is that this is colourable legislation. While the prohibition appears to be aimed at all forms of advertising directed to children, the exemptions granted by the regulations and the realities of commercial practice together result in the legislation having for principal, and indeed almost for exclusive purpose the prohibition of televised advertisements directed to children." In the Superior Court the respondent Irwin Toy adduced evidence to show that at the time the challenged provisions were adopted television was by a very large margin the advertising medium most used for children's advertising; that most of the other media used for children's advertising, such as magazines and inserts, were the subject of exemptions under ss. 87-91 of the regulations; and that the other media used for children's advertising that are not exempted from the prohibition in s. 248 of the Act are of such marginal and relatively little significance in practice as to make the prohibition in s. 248 essentially one, for all practical purposes, of television advertising alone. Hugessen A.C.J. conceded that if this were indeed the fact the legislation would be a colourable attempt to prohibit television advertising, but he took the view, acting on judicial notice of other forms of children's advertising, that the challenged provisions of the Act, as modified by the regulations, were not aimed exclusively at television advertising. Because of the submissions that were made in this Court with respect to his reasoning and findings on this issue we quote the pertinent passages of his reasons at p. 97 in full:

There can be equally no doubt that the attacked legislation affects and is intended to affect television advertising. The words of section 249, quoted above, make this quite plain. Under the regulations, a number of other forms of advertising, notably that appearing in magazines specifically directed on children, are exempted from the prohibition. Plaintiff points out that television and children's magazines are the two principal vehicles which it uses for advertising aimed at children and that the exemption of the latter means that the

la publicité télévisée destinée aux enfants de moins de treize ans. Voici comment le juge Hugessen expose la prétention de l'intimée à la p. 97: [TRADUCTION] «Le principal moyen soulevé par la demanderesse [c.-à-d. Irwin Toy] est qu'il s'agit d'une législation déguisée. Bien que l'interdiction vise apparemment toute forme de publicité destinée aux enfants, l'effet combiné des exemptions prévues par le règlement et de la réalité des pratiques commerciales fait que la loi a comme objet principal, et même presque exclusif, l'interdiction de messages publicitaires télévisés destinés aux enfants». En Cour supérieure, l'intimée Irwin Toy a présenté des éléments de preuve pour démontrer qu'à l'époque de l'adoption des dispositions contestées, la télévision était de très loin le média le plus utilisé en matière de publicité destinée aux enfants; que la plupart des autres médias utilisés dans ce domaine, comme les revues et les encarts, étaient visés par les exemptions des art. 87 à 91 du règlement; que les autres médias de publicité destinée aux enfants, qui ne sont pas exemptés de l'application de l'art. 248 de la Loi, ont en pratique une importance secondaire et relativement minime de sorte que l'interdiction de l'art. 248 est essentiellement, une interdiction visant uniquement, à toutes fins utiles, la publicité télévisée. Le juge Hugessen a reconnu que, si tel était le cas, il s'agirait d'une loi déguisée visant à interdire la publicité télévisée mais il s'est dit d'avis, ayant pris connaissance d'office d'autres formes de publicité destinée aux enfants, que les dispositions contestées de la Loi, compte tenu des modifications apportées par le règlement, ne visaient pas exclusivement la publicité télévisée. En raison des arguments présentés devant cette Cour au sujet de son raisonnement et de ses conclusions à cet égard, nous reproduisons en entier les passages pertinents de ses motifs, à la p. 97:

[TRADUCTION] On ne peut pas douter non plus que la loi attaquée vise et a pour but de viser la publicité télévisée. Ceci ressort clairement du libellé de l'art. 249 précité. En vertu du règlement, certaines autres formes de publicité, notamment celle apparaissant dans les revues destinées expressément aux enfants, sont exemptées de l'interdiction. La demanderesse souligne que la télévision et les revues pour enfants sont les deux principaux moyens qu'elle utilise en matière de publicité destinée aux enfants et que l'exemption prévue pour les

1989 CanLII 87 (SCC)

legislation is directed solely at the former. Plaintiff also points out that insofar as its business is concerned, there are no other practical advertising vehicles and that it does not use radio, billboards, direct mail or any of the various other possible supports for its publicity.

The argument is ingenious but seems to me to be based on a fallacious generalisation drawn from plaintiff's particular situation and practice. While it is no doubt true that plaintiff and other toy manufacturers have made heavy use of television for their advertising, it is certainly not the case that all advertising directed at children employs this medium. There is evidence before me of other vehicles being employed by other manufacturers who have a particular interest in the children's market and, even in the absence of such evidence, I believe I could take judicial notice of the fact that sporting goods, candy bars, breakfast cereals, fast foods, soft drinks and a whole range of other goods and services are promoted by means of advertisements directed wholly or largely at children. The vehicles employed can range all the way from billboards in hockey rinks or sports stadiums to giveaways in the form of hats or cards with pictures of athletes, to competitions or colouring books. With very few exceptions, all are covered by the prohibition in the legislation and are not exempted by the regulations. Hence the impugned sections are not aimed exclusively at television advertising.

Hugessen A.C.J. held that the purpose of the sections of the Act dealing with advertising, including the challenged provisions, was a valid one of consumer protection falling within provincial legislative jurisdiction under heads (13) and (16) of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. He indicated the relationship of the challenged provisions to the general purpose of the provisions respecting advertising in Title II as follows at p. 97:

As its name implies, the *Consumer Protection Act* has for its purpose the protection of the consumer against questionable business practices. Amongst such practices are misleading, deceptive or unfair advertising. The whole of Title II of the Act, comprising almost forty sections including the two presently under attack, deals with this subject. The evident aim and purpose is to make it more difficult for consumers to be led into making unwise bargains or to be subjected to undue pressures. It is not unreasonable for the Legislature to view children as being a particularly vulnerable target in

revues signifie que la loi vise uniquement la télévision. La demanderesse souligne également qu'en ce qui concerne son entreprise il n'existe aucun autre moyen de publicité efficace et qu'elle n'utilise pas la radio, les panneaux-réclames, les envois postaux ni aucun des divers autres supports publicitaires.

L'argument est ingénieux mais semble provenir d'une généralisation fallacieuse fondée sur une situation et des pratiques commerciales propres à la demanderesse. S'il est vrai que la demanderesse et d'autres fabricants de jouets ont largement utilisé la télévision pour leur publicité, on ne peut certainement pas affirmer que toute la publicité destinée aux enfants utilise ce média. J'ai la preuve devant moi que d'autres moyens sont utilisés par d'autres fabricants qui s'intéressent tout particulièrement au marché que constituent les enfants et, même en l'absence d'une telle preuve, je crois pouvoir prendre connaissance d'office du fait que la promotion d'articles de sport, de friandises, de céréales, d'aliments prêts-à-manger, de boissons gazeuses et d'un large éventail d'autres biens et services s'effectue par l'intermédiaire de la publicité destinée entièrement ou essentiellement aux enfants. La forme que peuvent prendre les moyens employés va des panneaux-réclames dans les stades ou dans les centres sportifs aux dons d'articles de promotion comme des chapeaux ou des photos d'athlètes, aux concours ou aux livres à colorier. Sous réserve de quelques rares exceptions, tous ces moyens sont visés par l'interdiction de la loi et ne sont pas exemptés par les règlements. Par conséquent, les articles attaqués ne visent pas exclusivement la publicité télévisée.

Le juge Hugessen a conclu que les articles de la Loi portant sur la publicité, y compris les dispositions contestées, avaient un objet valide, la protection du consommateur, relevant de la compétence législative provinciale en vertu des par. (13) et (16) de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a fait état du rapport entre les dispositions contestées et l'objet général des dispositions concernant la publicité dans le Titre II, à la p. 97:

[TRADUCTION] Comme son titre l'indique, la *Loi sur la protection du consommateur* a pour objet de protéger le consommateur contre les pratiques commerciales douteuses. La publicité fausse, trompeuse ou déloyale fait partie de ces pratiques. Tout le Titre II de la Loi, qui comprend presque quarante articles, dont les deux articles actuellement contestés, traite de cette question. De toute évidence, le but et l'objet sont de faire en sorte qu'il soit plus difficile pour les consommateurs d'être incités à conclure de mauvais marchés ou d'être soumis à des pressions indues. Ce n'est pas sans raison que le

1989 CanLII 87 (SCC)

this respect either as purchasers and consumers in their own right or as the means through which advertisers can bring pressure to bear upon their parents. Legislation aimed at regulating and controlling such advertising has a perfectly proper provincial purpose and is within the powers assigned to the Legislature under section 92 paragr. 13 and paragr. 16 of the *B.N.A. Act*.

législateur considère les enfants comme une cible particulièrement vulnérable à cet égard, soit à titre d'acheteurs et de consommateurs indépendants soit à titre d'intermédiaires par lesquels les annonceurs peuvent exercer une pression sur les parents. La loi qui vise à réglementer et à contrôler cette publicité possède un objectif provincial tout à fait valable dans les limites des pouvoirs conférés à la législature en vertu des par. 13 et 16 de l'art. 92 de l'*A.A.N.B.*

With respect to the contention that the challenged provisions were inoperative because they had the effect of preventing the plaintiff from advertising by means of television, a matter within exclusive federal jurisdiction, Hugessen A.C.J., referring to the distinction between the message and the medium, applied the judgment of this Court in *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211, in which the Court distinguished between a regulation of television advertising applied to an advertiser and one applied to a television station or broadcast undertaking. Hugessen A.C.J. found it unnecessary to deal with the contention raised in the pleadings but not pressed in argument before him that the challenged provisions infringed the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. He also summarily rejected a contention that the challenged provisions infringed the respondent's right to "commercial speech".

En ce qui concerne la prétention que les dispositions contestées sont inopérantes parce qu'elles ont pour effet d'empêcher la demanderesse de faire de la publicité par l'intermédiaire de la télévision, un domaine de compétence fédérale exclusive, le juge Hugessen, faisant état de la distinction entre le message et son support, a appliqué l'arrêt *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211, dans lequel cette Cour a fait la distinction entre un règlement portant sur la publicité télévisée applicable à un annonceur et un règlement applicable à une station de télévision ou à une entreprise de radiodiffusion. Le juge Hugessen a conclu qu'il n'était pas nécessaire de traiter de l'argument, qui a été soulevé dans la procédure écrite mais ne l'a pas été dans les débats, selon lequel les dispositions contestées enfreignaient la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Il a également rejeté sommairement la prétention que les dispositions contestées portaient atteinte au droit de l'intimée au «discours commercial».

The respondent inscribed in appeal on January 14, 1982 from the judgment of the Superior Court dismissing its action for a declaration. On November 6, 1984, it applied to the Court of Appeal for leave to amend its declaration and inscription in appeal to invoke the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which entered into force after the judgment of the Superior Court, and to seek, in addition to the declaration already prayed for, a declaration that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were inoperative as infringing the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* and a declaration that the standard override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act*, purporting to exclude the application of ss. 2 and 7 to 15 of the *Charter*, was *ultra vires*, as not being in conformity with the authority conferred

Le 14 janvier 1982, l'intimée a interjeté appel du jugement de la Cour supérieure qui rejetait son action en jugement déclaratoire. Le 6 novembre 1984, l'intimée s'est adressée à la Cour d'appel pour obtenir l'autorisation de modifier sa déclaration et son inscription en appel en vue d'invoquer la *Charte canadienne des droits et libertés*, entrée en vigueur après le jugement de la Cour supérieure, et d'obtenir, en plus de la déclaration déjà demandée, un jugement déclarant que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* étaient inopérants parce qu'ils portaient atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, et que la disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui a pour objet d'exclure l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*, était *ultra*

1989 CanLII 87 (SCC)

by s. 33 of the *Charter*. Leave to amend was granted by the Court of Appeal, and on December 13, 1984 the respondent's declaration was amended accordingly. The Court of Appeal also invited the parties to submit material that would be relevant to the question of justification under s. 1 of the *Charter*, should the challenged provisions be found to infringe s. 2(*b*) thereof, and this was done.

Like the Superior Court, the Court of Appeal disposed of the issue of validity under the division of powers on the basis of the judgment of this Court in *Kellogg's*, holding, without elaboration, that the case at bar was indistinguishable from *Kellogg's*. On the issue of validity of the override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act*, the Court applied its judgment in *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, in which it had held that the standard override provision enacted by *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, and subsequent statutes and purporting to exclude the application of s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was *ultra vires* as not being in conformity with the authority conferred by s. 33 of the *Charter*. On the question of the alleged limitation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter* the Court held that freedom of expression extended to commercial expression, that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringed freedom of expression and that the limit imposed on freedom of expression by these provisions was not justified under s. 1 of the *Charter*. It was on this last point that the members of the Court of Appeal differed. The majority (Kaufman and Jacques JJ.A.) were of the view that the s. 1 materials did not show, in respect of television advertising directed at children between the ages of six and thirteen, a sufficiently important legislative purpose to justify an interference with a guaranteed freedom. While they accepted that the materials established that advertising had a harmful effect on children of six years of age and under, they were of the opinion that it was not shown to have any harmful effect on other children within the contemplated age group so long as the product advertised was not

vires parce que non conforme au pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte*. La Cour d'appel a donné l'autorisation demandée et l'intimée a modifié sa déclaration en conséquence le 13 décembre 1984. La Cour d'appel a également invité les parties à soumettre des documents se rapportant à la question de la justification des dispositions en vertu de l'article premier de la *Charte*, pour le cas où il serait décidé que les dispositions contestées enfreignent l'al. 2*b*). Les parties l'ont fait.

Comme la Cour supérieure, la Cour d'appel a tranché la question de la validité selon le partage des pouvoirs en se fondant sur l'arrêt *Kellogg* de cette Cour et en concluant, sans élaborer davantage, que l'affaire en cause ne pouvait être distinguée de l'espèce. Sur la question de la validité de la disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, la Cour d'appel a appliqué son arrêt *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, dans lequel elle avait conclu que la disposition dérogatoire type édictée par la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982* et des lois postérieures, visant à exclure l'application des art. 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, était *ultra vires* parce que non conforme au pouvoir conféré par l'art. 33 de la *Charte*. Sur l'allégation concernant la restriction de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*, la Cour a conclu que la liberté d'expression s'étendait à l'expression commerciale, que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portaient atteinte à la liberté d'expression et que la limite qu'ils imposaient à la liberté d'expression n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. C'est sur ce dernier point que l'opinion des juges de la Cour d'appel diffère. Les juges de la majorité (les juges Kaufman et Jacques) ont exprimé l'avis qu'en ce qui concerne la publicité télévisée destinée à des enfants âgés de six à treize ans, les documents relatifs à l'article premier n'avaient pas démontré l'existence d'un objet législatif suffisamment important pour justifier une atteinte à une liberté garantie. Bien qu'ils aient reconnu que les documents démontraient que la publicité a des effets préjudiciables pour les enfants de six ans et moins, ils étaient d'avis que ces documents n'établissaient

1989 CanLII 87 (SCC)

injurious and the advertising was fair. Vallerand J.A., dissenting on this issue, agreed with his colleagues that the s. 1 materials did not clearly establish the allegedly harmful effect of television advertising directed at persons under 13 years of age but he was of the view that there were grounds for a serious concern about the possibility of such harm and that this concern made the legislative purpose behind the challenged provisions of sufficient importance to meet the first branch of the test under s. 1 laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Vallerand J.A. was further of the view that the means chosen—the total prohibition of television advertising directed at persons under thirteen years of age—was the only effective means of dealing with the problem and that it was proportionate to the purpose served. Vallerand J.A. further rejected the contention that the challenged provisions were void for vagueness. In the result, the appeal from the judgment of the Superior Court was allowed and ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* declared to be inoperative.

III—The Constitutional Questions and the Issues in the Appeal

On the appeal to this Court the following constitutional questions were stated by Beetz J. in his order of January 30, 1987:

1. Is s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, inconsistent with the provisions of s. 33 of the *Constitution Act, 1982* and so *ultra vires* and of no force or effect to the extent of the inconsistency pursuant to s. 52(1) of the latter Act?

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

pas que la publicité avait un effet préjudiciable sur les autres enfants du groupe d'âge visé tant que le produit annoncé n'était pas dommageable et tant que la publicité était loyale. Le juge Vallerand, dissident sur ce point, a convenu avec ses collègues que les documents relatifs à l'article premier n'établissaient pas clairement les effets préjudiciables allégués de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans, mais il a exprimé l'avis que la possibilité même de l'existence de tels effets était matière à inquiétude assez sérieuse pour que l'objet législatif visé par les dispositions contestées soit suffisamment important pour répondre au premier volet du critère applicable en vertu de l'article premier, selon l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le juge Vallerand a également exprimé l'opinion que le moyen choisi, l'interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans, était le seul moyen efficace de régler le problème et qu'il était proportionné aux fins poursuivies. Le juge Vallerand a également rejeté l'argument de la nullité des dispositions contestées pour cause d'imprécision. En fin de compte, la Cour d'appel a accueilli l'appel du jugement de la Cour supérieure et déclaré inopérants les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

III—Les questions constitutionnelles et les questions litigieuses que soulève le pourvoi

Par ordonnance du 30 janvier 1987, le juge Beetz a formulé de la façon suivante les questions constitutionnelles soulevées dans le présent pourvoi:

1. L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant *ultra vires* ou inopérant dans la mesure de cette incompatibilité aux termes du par. 52(1) de cette dernière loi?

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1989 CanLII 87 (SCC)

3. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act ultra vires* the legislature of the province of Quebec, or are they to some degree of no force or effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

The issues in the appeal in the order in which we propose to address them, to the extent necessary for the disposition of the appeal, may be summarized as follows:

1. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act ultra vires* the legislature of the province of Quebec or rendered inoperative by conflict with s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

2. Are ss. 248 and 249 protected from the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by a valid and subsisting override provision enacted pursuant to s. 33 of the *Charter*?

3. Do ss. 248 and 249 infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*?

4. If so, is the limit imposed by ss. 248 and 249 on freedom of expression justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*?

5. Do ss. 248 and 249 infringe s. 7 of the Canadian *Charter* by creating a liability to deprivation of liberty in terms which are impermissibly vague, contrary to a principle of fundamental justice and to s. 1 of the *Charter*?

This appeal was heard at the same time as the appeals in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790. The issues respecting the validity of the standard override provision and whether freedom of expression extends to commercial expression are common to the three appeals. It is convenient, however, in this

3. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de Québec ou sont-ils dans quelque mesure inopérants par application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

Les questions que soulève ce pourvoi, et l'ordre dans lequel nous proposons de les traiter dans la mesure où cela est nécessaire pour trancher ce pourvoi, peuvent être résumées de la façon suivante:

1. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec ou inopérants parce qu'ils entrent en conflit avec l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

2. Les articles 248 et 249 sont-ils soustraits à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée en conformité avec l'art. 33 de la *Charte*?

3. Les articles 248 et 249 portent-ils atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec?

4. Dans l'affirmative, la restriction imposée par les art. 248 et 249 à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise?

5. Les articles 248 et 249 enfreignent-ils l'art. 7 de la *Charte* canadienne en créant un risque de privation de liberté en des termes dont l'imprécision est inadmissible, contrairement à un principe de justice fondamentale et à l'article premier de la *Charte* canadienne?

Ce pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790. La question de la validité de la clause dérogatoire type et celle de savoir si la liberté d'expression s'étend à l'expression commerciale sont communes aux trois pourvois. Il convient toutefois, dans ce pourvoi, d'exa-

1989 CanLII 87 (SCC)

appeal to begin with consideration of the question of the validity or operative effect of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* under the division of powers because that issue logically precedes a consideration of whether the challenged provisions infringe the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It was the issue before the Superior Court and the issue that was disposed of first in the Court of Appeal. It was the issue on which the television broadcast interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc. (hereinafter referred to as "Pathonic") were granted leave to intervene. While the disposition of this issue by the Court of Appeal was not, of course, a ground of appeal by the Attorney General of Quebec, he addressed submissions to this issue, as did the respondent and the interveners.

IV—Whether ss. 248 and 249 are *ultra vires* the Legislature of the Province of Quebec

Four separate issues emerge from the argument in this Court with respect to the validity or operative effect of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act:* (a) whether these provisions are distinguishable, in so far as their constitutional characterization is concerned, from the challenged provision of the advertising regulations under the *Consumer Protection Act* that was characterized by this Court in *Kellogg's*, *supra*, as having a valid provincial purpose; (b) whether, as contended by Pathonic, their effect on a television broadcast undertaking is such as to render them, despite the judgment of the Court in *Kellogg's*, inoperative in so far as television advertising is concerned; (c) whether they are practically and functionally incompatible with the regulatory scheme put into place by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) pursuant to the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11; and (d) whether they amount to an invasion of the federal criminal law power. We discuss each of these issues in turn.

A. *The Constitutional Characterization of ss. 248 and 249*

In *Kellogg's*, the challenged provision was s. 11.53 of Division XI-A, entitled "Advertising

miner d'abord la question de la validité ou du caractère opérant des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* en regard du partage des pouvoirs parce que cette question précède logiquement l'examen de la violation possible de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'était la question soumise à la Cour supérieure et ce fut la première à être tranchée par la Cour d'appel. C'est sur cette question que les télédiffuseurs Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc. (ci-après appelés «Pathonic») ont eu l'autorisation d'intervenir. Bien que la décision de la Cour d'appel sur cette question n'ait évidemment pas été un des motifs de l'appel interjeté par le procureur général du Québec, ce dernier a présenté des arguments à son sujet tout comme l'intimée et les intervenants.

IV—Les articles 248 et 249 sont-ils *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec?

Quatre questions distinctes ressortent des débats devant cette Cour concernant la validité ou le caractère opérant des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*: a) peut-on faire une distinction entre ces dispositions, en ce qui concerne leur qualification à des fins constitutionnelles, et la disposition contestée des règlements sur la publicité pris en application de la *Loi sur la protection du consommateur* dont cette Cour a dit, dans l'arrêt *Kellogg*, précité, qu'elle avait un objet provincial valide? b) l'effet de ces dispositions sur une entreprise de télédiffusion est-il tel que, malgré le jugement de la Cour dans l'arrêt *Kellogg*, il rend ces dispositions inopérantes en ce qui concerne la publicité télévisée, comme le prétend Pathonic? c) y a-t-il incompatibilité pratique et opérationnelle entre ces dispositions et le régime de réglementation mis en place par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) en application de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11? et d) ces dispositions empiètent-elles sur le pouvoir fédéral en matière de droit criminel? Nous examinons chacune de ces questions séparément.

A. *La qualification constitutionnelle des art. 248 et 249*

Dans l'arrêt *Kellogg*, la disposition contestée était l'art. 11.53 de la section XI-A, intitulée

1989 CanLII 87 (SCC)

intended for children", of the General Regulations adopted pursuant to the authority conferred on the Lieutenant-Governor in Council by s. 102(*o*) of the *Consumer Protection Act* to make regulations "to determine standards for advertising goods, whether or not they are the object of a contract, or credit, especially all advertising intended for children". Section 11.53 of the regulations provided:

> 11.53 No one shall prepare, use, publish or cause to be published in Quebec advertising intended for children which:
>
> . . .
>
> (*n*) employs cartoons;

The Kellogg companies were charged with breaches of this provision in connection with certain television advertisements and an injunction was sought against them to restrain further infractions. An injunction was granted by the Superior Court, [1974] C.S. 498, but an appeal from this judgment was allowed by a majority of the Court of Appeal (Tremblay C.J. and Montgomery J.A.), [1975] C.A. 518, who held that since the content of television broadcasting fell within exclusive federal jurisdiction provincial legislation with respect to such content was inoperative, citing the judgment of this Court in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, in support of this conclusion. Turgeon J.A., dissenting, applied the distinction between legislation in relation to a matter and legislation incidentally affecting a matter. He held the challenged regulation and the law under which it was adopted to be within provincial jurisdiction although it might incidentally affect a matter within federal jurisdiction.

Martland J., with whom Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. concurred, held that the challenged provision validly applied to television advertising because it was part of a general regulation of advertising for children that had a valid provincial purpose and its effect on a television broadcast undertaking was a merely incidental one. Laskin C.J., dissenting, with whom Judson and Spence JJ. concurred, was of the view that the challenged provision could not validly

«Publicité destinée aux enfants», du Règlement général adopté en vertu du pouvoir conféré au lieutenant-gouverneur en conseil par l'al. 102*o*) de la *Loi sur la protection du consommateur* «pour établir des normes concernant la publicité au sujet de tout bien faisant ou non l'objet d'un contrat ou crédit, spécialement toute publicité destinée aux enfants». L'article 11.53 du règlement prévoyait:

> 11.53 Nul ne peut, au Québec, préparer, utiliser, publier ou faire publier de la publicité destinée aux enfants qui:
>
> . . .
>
> *n*) emploie un dessin animé ou une bande illustrée (cartoon);

Les sociétés Kellogg avaient été accusées de plusieurs contraventions à cette disposition relativement à certaines annonces publicitaires à la télévision et on avait demandé une injonction pour leur interdire la perpétration d'autres infractions. La Cour supérieure avait accordé une injonction, [1974] C.S. 498, mais la Cour d'appel à la majorité (le juge en chef Tremblay et le juge Montgomery), [1975] C.A. 518, s'appuyant sur l'arrêt de cette Cour *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, avait accueilli l'appel de cette décision en déclarant que, puisque le contenu des émissions de télévision relevait exclusivement du pouvoir législatif fédéral, la loi provinciale était inopérante en ce qui concernait ce contenu. Le juge Turgeon, dissident, avait fait une distinction entre une loi relative à une matière et une loi qui y touche incidemment. Il avait conclu que le règlement contesté et la loi en vertu de laquelle il avait été adopté, relevaient de la compétence provinciale même si le règlement pouvait toucher incidemment une matière de compétence fédérale.

Dans ses motifs, auxquels ont souscrit les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré, le juge Martland a conclu que la disposition contestée s'appliquait validement à la publicité télévisée parce qu'elle faisait partie d'un règlement général sur la publicité destinée aux enfants qui avait un objet provincial valide et n'avait qu'incidemment un effet sur une entreprise de télédiffusion. Dans ses motifs, auxquels ont souscrit les juges Judson et Spence, le juge en chef Laskin, dissident, a

1989 CanLII 87 (SCC)

apply to prevent an advertiser from advertising its products on television because in such application it encroached on a matter within exclusive federal jurisdiction, the content of television broadcasting.

Like Turgeon J.A. in the Court of Appeal, Martland J. applied the distinction between legislation in relation to a matter and legislation which incidentally affects a matter, citing the judgment of the Court in *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238, as an analogous application of this distinction. He held that the challenged provision was aimed at certain kinds of advertising by advertisers and not at the operation of a television broadcast undertaking. He said at p. 225:

> In my opinion this regulation does not seek to regulate or to interfere with the operation of a broadcast undertaking. In relation to the facts of this case it seeks to prevent Kellogg from using a certain kind of advertising by any means. It aims at controlling the commercial activity of Kellogg. The fact that Kellogg is precluded from using televised advertising may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations but it does not change the true nature of the regulation. In this connection the case of *Carnation Company Ltd. v. The Quebec Agricultural Marketing Board* is analogous.

Martland J. stressed the fact that the regulation was being applied and the injunction sought against Kellogg and not against a television station. He reserved his opinion as to whether the regulation could be validly applied against a television station. He said at p. 225: "Whether the regulation could be applied to the television station itself or whether an injunction against Kellogg would bind such station does not arise in this case and I prefer to express no opinion with respect to it."

The disputed regulation in *Kellogg's*, as Martland J. observed, sought to prevent the advertiser "from using a certain kind of advertising by any means." It was concerned with a certain kind of advertising content but it applied to all advertising media employing such content. Moreover, it had a limited application to advertising content, merely

exprimé l'avis que la disposition contestée ne pouvait s'appliquer validement pour empêcher un annonceur de faire de la publicité télévisée à l'égard de ses produits parce qu'une telle application de la disposition empiétait sur une matière relevant de la compétence fédérale exclusive, le contenu des émissions de télévision.

Comme le juge Turgeon de la Cour d'appel, le juge Martland a fait une distinction entre une loi relative à une matière donnée et une loi qui y touche incidemment, citant l'arrêt de cette Cour *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238, pour illustrer une application comparable de cette distinction. Il a conclu que la disposition contestée visait certains types de publicités présentées par les annonceurs et non l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion. Il a dit à la p. 225:

> À mon avis, cette réglementation ne vise ni n'entrave l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion. En l'espèce, elle tend à empêcher les Kellogg d'utiliser un certain type d'annonces quel que soit le support publicitaire. Elle vise à contrôler l'activité commerciale des Kellogg. Le fait que les Kellogg ne puissent se servir d'annonces publicitaires télévisées peut, incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision, mais cela ne modifie pas la vraie nature de la réglementation. À cet égard, l'arrêt *Carnation Company Ltd. c. La Régie des marchés agricoles du Québec* est comparable.

Le juge Martland a insisté sur le fait que le règlement et l'injonction demandée visaient Kellogg et non une station de télévision. Il ne s'est cependant pas prononcé sur la question de savoir si le règlement pouvait s'appliquer validement à l'égard d'une station de télévision. Il dit, à la p. 225: «La question de savoir si la réglementation s'applique à la station de télévision ou si une injonction émise contre les Kellogg liera cette station ne se pose pas en l'espèce et je préfère ne formuler aucune opinion à ce sujet».

Dans l'arrêt *Kellogg*, le juge Martland a souligné que le règlement contesté avait pour but d'empêcher l'annonceur «d'utiliser un certain type d'annonces quel que soit le support publicitaire». Il visait un certain type de contenu publicitaire mais il s'appliquait à tous les supports publicitaires faisant usage d'un tel contenu. En outre, son applica-

1989 CanLII 87 (SCC)

prohibiting the use of cartoons, but otherwise permitting children's advertising. It was thus a provision of general application in pursuit of the legislative object which Martland J. characterized as "to protect children in Quebec from the harmful effect of the kinds of advertising therein prohibited" (p. 223). It was aimed at all children's advertising employing cartoons, not at television advertising as such nor at the television broadcaster. The implication of the distinction emphasized by Martland J. between application to the advertiser and application to a broadcast undertaking is that provincial legislation of general application with respect to advertising content would only be considered to encroach on exclusive federal jurisdiction with respect to broadcast content to the extent it was applied to a broadcast undertaking, that is, to the control over content exercised by such an undertaking rather than by an advertiser.

In the case at bar the respondent contended that the challenged provision of the *Consumer Protection Act*, when read together with the regulations to which they are made expressly subject and considered in the light of the evidence of their practical effect, exhibit a different purpose or object from that of the regulation that was in issue in *Kellogg's*. The respondent contends that when the challenged provisions are seen in the context of the regulations and the evidence it is clear that they are aimed essentially and primarily at television as a medium of children's advertising, a matter within exclusive federal jurisdiction. In support of this contention the respondent emphasizes the relative importance of the prohibition of television advertising directed to persons under thirteen years of age, as indicated by the evidence and the extent of the exemptions provided by the regulations for other forms of children's advertising. The respondent contends that the trial judge was in error in taking judicial notice of the existence and relative importance of other forms of children's advertising. There is no doubt that the evidence adduced by the respondent at trial and the s. 1 and s. 9.1 materials submitted by the

tion au contenu publicitaire était limitée, interdisant seulement les dessins animés ou les bandes illustrées, mais permettant par ailleurs la publicité destinée aux enfants. Il s'agissait donc d'une disposition d'application générale dans la poursuite d'un objet législatif que le juge Martland a ainsi défini: «la protection des enfants du Québec contre les effets préjudiciables de certains types d'annonces publicitaires» (p. 223). La disposition visait toute publicité destinée aux enfants qui utilisait des dessins animés ou des bandes illustrées, et non la publicité télévisée en soi ni le télédiffuseur. L'incidence de la distinction, sur laquelle le juge Martland a insisté, entre l'application de la disposition à un annonceur et son application à une entreprise de radiodiffusion est que la législation provinciale d'application générale portant sur le contenu publicitaire ne serait réputée empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de contenu radiodiffusé que dans la mesure où elle serait applicable à une entreprise de radiodiffusion, c'est-à-dire au contrôle sur le contenu exercé par une telle entreprise plutôt que par un annonceur.

En l'espèce, l'intimée prétend que les dispositions contestées de la *Loi sur la protection du consommateur*, compte tenu des réserves que peuvent y apporter les règlements et de leur effet pratique, ont un but ou un objet différent de celui du règlement visé dans l'arrêt *Kellogg*. L'intimée prétend que, lorsque les dispositions contestées sont examinées en corrélation avec les règlements et la preuve, il est clair qu'elles visent principalement et essentiellement la télévision comme support de publicité destinée aux enfants, une matière de compétence fédérale exclusive. À l'appui de cette prétention, l'intimée insiste sur l'importance relative de l'interdiction de la publicité télévisée destinée aux personnes de moins de treize ans telle qu'elle ressort de la preuve et de l'étendue des exemptions que le règlement prévoit pour les autres types de publicité destinée aux enfants. L'intimée prétend que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a pris connaissance d'office de l'existence et de l'importance relative des autres types de publicité destinée aux enfants. Il est clair que la preuve présentée par l'intimée en première instance et que les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 présentés par le

1989 CanLII 87 (SCC)

Attorney General of Quebec show that television advertising is by any measure the most important form of children's advertising. It is indisputably, however, not the only form as the exemptions indicate. Moreover, the genuine concern with the other forms of children's advertising is indicated by the extent to which the exempted forms are made subject to the content requirements of s. 91 of the regulations. The Attorney General of Quebec submitted that television advertising, because of its massive penetration and ease of access for children, did not lend itself to as precise regulation as other forms of communication and must therefore be the subject of a particular regime. The respondent argued that this was an admission that the prohibition in s. 248 of the Act was primarily directed at television advertising. We take it to have been in justification of a prohibition in the case of television advertising rather than a concession that the challenged provisions as modified by the regulations are aimed primarily at such advertising. The Attorney General of Quebec noted that there are other forms of children's advertising subject to the prohibition. On the whole, despite the fact that the relative impact on television advertising is much greater than it was in *Kellogg's*, we are of the opinion that ss. 248 and 249 of the Act, as modified by or completed by the regulations, can also be said to be legislation of general application enacted in relation to consumer protection, as in *Kellogg's*, rather than a colourable attempt, under the guise of a law of general application, to legislate in relation to television advertising. In other words, the dominant aspect of the law for purposes of characterization is the regulation of all forms of advertising directed at persons under thirteen years of age rather than the prohibition of television advertising which cannot be said to be the exclusive or even primary aim of the legislation. In effect, we agree with Hugessen A.C.J. on the general significance, for the purposes of characterization of the legislation, of the fact that other forms of advertising directed to persons under thirteen years, whatever be their relative importance, are not exempted from the prohibition. The existence of such other forms of children's advertising was not seriously challenged but rather their

procureur général du Québec révèlent que la publicité télévisée constitue de loin la forme la plus importante de publicité destinée aux enfants. Il est cependant indéniable que ce n'est pas la seule, comme l'indiquent d'ailleurs les exemptions. De plus, la préoccupation réelle que suscitent les autres formes de publicité destinée aux enfants ressort clairement de l'étendue de l'assujettissement de celles qui sont exemptées aux exigences imposées quant à leur contenu par l'art. 91 du règlement. Le procureur général du Québec soutient que la publicité télévisée, en raison de son impact massif et de sa facilité d'accès pour les enfants, ne se prête pas à une réglementation aussi précise que d'autres moyens de communication et doit donc être soumise à un régime particulier. L'intimée prétend qu'il admet donc que l'interdiction de l'art. 248 de la Loi vise principalement la publicité télévisée. Nous estimons qu'il s'agit de l'explication de l'interdiction quant à la publicité télévisée et non d'une admission que les dispositions contestées, telles que modifiées par le règlement, visent principalement cette publicité. Le procureur général du Québec fait observer que d'autres formes de publicité destinée aux enfants sont soumises à l'interdiction. Dans l'ensemble, bien que comparativement les répercussions des dispositions contestées en l'espèce sur la publicité télévisée soient beaucoup plus importantes que celles dont traitait l'affaire *Kellogg*, nous sommes d'avis que les art. 248 et 249 de la Loi, modifiés ou complétés par le règlement, peuvent également être qualifiés de dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur, comme dans l'affaire *Kellogg*, plutôt que de tentative déguisée, sous l'apparence d'une loi d'application générale, d'édicter des dispositions relatives à la publicité télévisée. En d'autres termes, l'aspect dominant de la loi aux fins de sa qualification est la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux enfants de moins de treize ans plutôt que l'interdiction de la publicité télévisée dont on ne peut pas dire qu'elle soit le but exclusif ou même principal de la loi. En fait, nous partageons l'opinion du juge Hugessen qu'il est significatif, aux fins de la qualification de la loi, que d'autres formes de publicité destinée aux enfants de moins de treize ans, sans égard à leur

1989 CanLII 87 (SCC)

significance from the constitutional point of view in attempting to ascertain the dominant aspect of the legislation. The existence of such other forms of children's advertising did not rest entirely on the judicial notice taken by the trial judge, who said that even if there was not evidence of such other forms he would be prepared to take judicial notice of them. The relative importance of television advertising and the other forms of children's advertising subject to exemption and prohibition is not in our opinion a sufficient basis for a finding of colourability. There is no suggestion that the legislative or regulatory concern with these other forms of children's advertising is a mere pretense or façade for a primary, if not exclusive, purpose of regulating television advertising. It is not the relative importance of these other forms of advertising but the *bona fide* nature of the legislative concern with them that is in issue on the question of colourability.

B. *The Effect of ss. 248 and 249 on Broadcasting Undertakings*

The interveners Pathonic, as we understood their argument, did not contend, as did the respondent, that the challenged provisions of the *Consumer Protection Act* were distinguishable on their face in respect of the characterization of their purpose or object from the provision of the regulations that was considered in *Kellogg's*. They contended that the challenged provisions were rendered *ultra vires* or inoperative because of their effect on a television broadcast undertaking. They submitted that the prohibition of television advertising affected a vital part of the operation of such an undertaking and impaired the undertaking. The interveners suggested that what distinguished *Kellogg's* from the case at bar was the presence of a television undertaking in the proceedings. The presence of the interveners in the proceedings does not, of course, make the challenged provisions ones that are being applied to a television undertaking.

importance relative, ne soient pas exemptées de l'interdiction. L'existence d'autres formes de publicité destinée aux enfants n'a pas été contestée sérieusement, c'est leur importance, d'un point de vue constitutionnel, pour tenter de déterminer l'aspect dominant de la loi qui a été contesté. L'existence de ces autres formes de publicité destinée aux enfants ne découle pas entièrement du fait que le juge de première instance en a pris connaissance d'office puisqu'il a dit que, même s'il n'y avait pas de preuve de l'existence de ces autres formes, il serait prêt à en prendre également connaissance d'office. À notre avis, l'importance relative de la publicité télévisée et des autres formes de publicité destinée aux enfants visées par les exemptions et l'interdiction ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à l'existence d'une législation déguisée. Rien n'indique que l'intérêt législatif ou réglementaire à l'égard de ces autres formes de publicité destinée aux enfants n'est qu'un simple prétexte ou une façade et que le but principal sinon exclusif en est de réglementer la publicité télévisée. Ce n'est pas l'importance relative de ces autres formes de publicité mais le caractère authentique de l'intérêt législatif qui est en cause quand il s'agit de savoir s'il y a législation déguisée.

B. *L'effet des art. 248 et 249 sur les entreprises de télédiffusion*

Si nous comprenons bien leur argumentation, les intervenants Pathonic, contrairement aux intimés, ne prétendent pas que, pour ce qui est de la qualification de leur but ou objet, les dispositions contestées de la *Loi sur la protection du consommateur* pouvaient, à la simple lecture, être distinguées, de la disposition réglementaire examinée dans l'arrêt *Kellogg*. Ils prétendent que les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes à cause de leur effet sur une entreprise de télédiffusion. Ils soutiennent que l'interdiction de la publicité télévisée porte atteinte à une partie vitale de l'exploitation d'une telle entreprise et constitue une entrave. Les intervenants ont laissé entendre que ce qui distinguait l'affaire *Kellogg* de la présente espèce était la présence d'une entreprise de télédiffusion dans les procédures. La présence des intervenants dans les procédures ne fait évidemment pas des dispositions contestées des dispositions

18 Jan 1989 (C.S.C.)

What the interveners really suggest is that had a television broadcast undertaking been represented in *Kellogg's* to establish the effect of a regulation of television advertising on such an undertaking the Court might have come to a different conclusion.

Recently, in *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749 (*Bell Canada 1988*), Beetz J., writing for the Court, reviewed the principles of constitutional interpretation applicable to the regulation of federal undertakings. He distinguished between situations in which (1) a provincial law would, if applied to a federal undertaking, affect a vital part of its operations and (2) the effect of the provincial law on a federal undertaking, whether applied to it directly or not, would impair its operations (at pp. 859-60):

> The impairment test is not necessary in cases in which, without going so far as to impair the federal undertaking, the application of the provincial law affects a vital part of the undertaking . . . .
>
> In order for the inapplicability of provincial legislation rule to be given effect, it is sufficient that the provincial statute which purports to apply to the federal undertaking affects a vital or essential part of that undertaking, without necessarily going as far as impairing or paralysing it.

The federal government has exclusive jurisdiction as regards "essential and vital elements" of a federal undertaking, including the management of such an undertaking, because those matters form the "basic, minimum and unassailable content" of the head of power created by operation of s. 91(29) and the exceptions in s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*. No provincial law touching on those matters can apply to a federal undertaking. However, where provincial legislation does not purport to apply to a federal undertaking, its incidental effect, even upon a vital part of the operation of the undertaking, will not normally render the provincial legislation *ultra vires*.

The case of *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260

applicables à une entreprise de télédiffusion. Les intervenants veulent dire en réalité que si une entreprise de télédiffusion avait été représentée dans l'affaire *Kellogg* pour établir l'effet d'un règlement portant sur la publicité télévisée sur une telle entreprise, la Cour serait peut-être parvenue à une conclusion différente.

Récemment, dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749 (*Bell Canada 1988*), le juge Beetz, au nom de la Cour, a revu les principes d'interprétation constitutionnelle applicables à la réglementation des entreprises fédérales. Il a fait une distinction entre les situations dans lesquelles (1) une loi provinciale porterait atteinte à un élément essentiel de l'exploitation d'une entreprise fédérale si elle était appliquée à l'entreprise et (2) l'effet de la loi provinciale, appliquée directement ou non à une entreprise fédérale, entraverait son exploitation (aux pp. 859 et 860):

> . . . le test de l'entrave [est] insuffisant pour les cas où, sans aller jusqu'à l'entrave, l'application d'une loi provinciale à une entreprise fédérale touche ou affecte un élément essentiel de cette entreprise . . .
>
> Pour que joue la règle de l'inapplicabilité, il suffit que la sujétion de l'entreprise à la loi provinciale ait pour effet d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière.

Le gouvernement fédéral a compétence exclusive en ce qui concerne les «éléments vitaux ou essentiels» d'une entreprise fédérale, y compris sa gestion, parce que ces aspects forment le «contenu de base minimum et inattaquable» du pouvoir établi par l'application du par. 91(29) et les exceptions du par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Aucune loi provinciale qui touche ces aspects ne peut s'appliquer à une entreprise fédérale. Toutefois, lorsque la loi provinciale n'a pas pour objet de s'appliquer à une entreprise fédérale, son effet accessoire, même à l'égard d'un élément essentiel de l'exploitation de l'entreprise, n'aura normalement pas pour effet de rendre la loi provinciale *ultra vires*.

L'arrêt *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260

1989 CanLII 80 (SCC)

(P.C.), upon which Pathonic relied a great deal in its submissions, provides a counter-example to this last statement and illustrates the doctrine of impairment. The legislation there in issue, the Manitoba *Municipal and Public Utility Board Act*, S.M. 1926, c. 33, s. 162, provided that: "No person, firm, or corporation shall sell, or offer or agree to sell, or directly or indirectly attempt to sell, in Manitoba, any shares, stocks, bonds or other securities of or issued by any company unless the company has first been approved by the Board as one the securities of which are permitted to be sold in Manitoba and a certificate to that effect ... [is] issued by the Board." The Act exempted block sales of securities by companies to brokers but did regulate the sale of those securities by brokers to the public. In this sense, as Pathonic submitted, s. 162 did not apply to the companies themselves but applied, rather, to brokers. The issue before the Privy Council was whether s. 162 was *ultra vires* the province in so far as it purported to apply to the sale of the shares of a federally incorporated company.

In concluding that the province did not have jurisdiction to enact s. 162, Viscount Sumner, who delivered the judgment of their Lordships, considered the effect of the provision on federally incorporated companies (at pp. 266-67):

> An artificial person, incorporated under the powers of the Dominion with certain objects, invested by these powers with capacities to trade in pursuit of those objects and with the status and capacities of a Dominion incorporation, is ... liable in the most ordinary course of business to be stillborn from the moment of incorporation, sterilized in all its functions and activities, thwarted and interfered with in its first and essential endeavours to enter on the beneficial and active employment of its powers, by the necessity of applying to a Provincial executive for permission to begin to act and to raise its necessary capital, a permission which may be subjected to conditions or refused altogether according to the view, which in their discretion that executive may take of the plans, promises and prospects of a creation of the Dominion.

Despite the fact that s. 162 did not apply to federally incorporated companies, it succeeded, in-

(C.P.), sur lequel Pathonic s'appuie largement, est un contre-exemple de cette dernière affirmation et sert d'illustration à la théorie de l'entrave. La loi manitobaine en cause dans cette affaire, la *Municipal and Public Utility Board Act*, S.M. 1926, chap. 33, art. 162, prévoyait: [TRADUCTION] «Aucune personne, entreprise ou compagnie ne peut vendre, offrir ou convenir de vendre ou tenter, directement ou indirectement, de vendre, au Manitoba, des actions, des obligations ou d'autres valeurs d'une compagnie ou émises par une société à moins que celle-ci n'ait d'abord été agréée par la Commission comme société dont les valeurs mobilières peuvent être vendues au Manitoba en vertu d'un certificat [...] émis à cet effet par la Commission.» La vente en bloc de valeurs mobilières par les compagnies aux courtiers était exemptée de l'application de la loi mais la vente de ces valeurs par les courtiers au public était régie par la loi. Selon Pathonic, l'art. 162, en ce sens, ne s'appliquait pas aux compagnies elles-mêmes mais plutôt aux courtiers. Le Conseil privé devait décider si l'art. 162 était *ultra vires* de la province dans la mesure où il visait à s'appliquer à la vente des actions d'une compagnie constituée sous le régime fédéral.

En décidant que la province n'avait pas le pouvoir d'adopter l'art. 162, le vicomte Sumner, qui a rendu le jugement de leurs Seigneuries, a examiné l'effet de la disposition sur les compagnies constituées sous le régime fédéral (aux pp. 266 et 267):

> [TRADUCTION] Une personne morale, constituée en vertu des pouvoirs du Dominion en vue de certains objets, investie, par ces pouvoirs, de la capacité de faire des affaires pour parvenir à ces objets, du statut et des privilèges de la constitution en personne morale par le Dominion, est [...] susceptible, dans le cours ordinaire de ses affaires, d'être immobilisée dès le moment de sa constitution, d'être paralysée dans ses fonctions et ses activités, freinée et entravée dans son activité première et essentielle qui consiste à utiliser ses pouvoirs de façon active et lucrative, par l'obligation d'obtenir de l'exécutif de la province la permission de commencer à agir et d'amasser le capital nécessaire, permission qui peut être assortie de conditions ou refusée tout simplement selon l'opinion que se fait l'exécutif, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, des plans, de l'avenir et des projets d'une entité créée par le Dominion.

Bien que l'art. 162 ne s'appliquât pas aux compagnies constituées sous le régime fédéral, il avait

1989 CanLII 87 (SCC)

directly, in impairing their operation. That consequence was sufficient to render the provision *ultra vires* the province of Manitoba.

Although the impairment doctrine was developed in cases concerning the federal power to incorporate companies, Beetz J., in *Bell Canada 1988*, identified the relevance of this doctrine to the regulation of federal undertakings (at p. 862):

> [T]he transposition of the concept of impairment from the field of federally incorporated companies to that of federal undertakings may be valid in cases in which the application of provincial legislation to federal undertakings in fact impairs the latter, paralyses them or destroys them.

As the *Attorney-General for Manitoba* case makes clear, the concept of impairment extends not only to the direct application of provincial legislation but also to the indirect effect of that legislation. Thus, where provincial legislation applied to a federal undertaking affects a vital part of that undertaking or, though not applied directly to a federal undertaking, has the effect of impairing its operation, the legislation in question is *ultra vires*.

There is no doubt that television advertising is a vital part of the operation of a television broadcast undertaking. The advertising services of these undertakings therefore fall within exclusive federal legislative jurisdiction. It is well established that such jurisdiction extends to the content of broadcasting: *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, and advertising forms a part of such content. However, ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* do not purport to apply to television broadcast undertakings. Read together with s. 252, it is clear that ss. 248 and 249 apply to the acts of an advertiser, not to the acts of a broadcaster. Nor did Pathonic contend that ss. 248 and 249 applied to television broadcasters. Indeed, it went so far as to submit that the province of Quebec was unable to regulate the advertising practices of television broadcasters because signals coming from outside the province and received directly by the public or re-distribut-

indirectement pour effet d'entraver leur exploitation. Cela suffisait à rendre cette disposition *ultra vires* de la province du Manitoba.

Même si la théorie de l'entrave a pris naissance dans des affaires relatives au pouvoir fédéral de constitution des compagnies, le juge Beetz, dans l'arrêt *Bell Canada 1988*, a fait ressortir la pertinence de cette théorie à l'égard de la réglementation des entreprises fédérales (à la p. 862):

> [L]a transposition de la notion d'entrave du domaine des compagnies à charte fédérale à celui des entreprises fédérales peut être utile dans les cas où l'application des lois provinciales aux entreprises fédérales entrave effectivement ces dernières, ou les paralyse, ou les détruit.

Selon l'arrêt *Attorney-General for Manitoba*, il est clair que la notion d'entrave s'étend non seulement à l'application directe de la loi provinciale mais également à l'effet indirect de cette loi. Ainsi, lorsque l'application de la loi provinciale touche un élément essentiel d'une entreprise fédérale ou, même si elle ne s'applique pas directement à cette entreprise, a pour effet d'entraver son exploitation, la loi en question est *ultra vires*.

Nul doute que la publicité télévisée est un élément essentiel d'une entreprise de télédiffusion. Les services de publicité de ces entreprises relèvent donc de la compétence exclusive du pouvoir fédéral. Il est bien établi que cette compétence s'étend au contenu de ce qui est diffusé: *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819 (C.A.); *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, et que la publicité représente une partie de ce contenu. Cependant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* n'étaient pas destinées à s'appliquer aux entreprises de télédiffusion. Il est clair que ces articles, lus en corrélation avec l'art. 252, s'appliquent aux actes d'un annonceur et non à ceux d'un radiodiffuseur. Pathonic ne prétend pas non plus que les art. 248 et 249 s'appliquent aux télédiffuseurs. En fait, Pathonic est allée jusqu'à soutenir que la province de Québec ne pouvait réglementer les pratiques publicitaires des télédiffuseurs parce que les signaux provenant de l'extérieur de la province

1989 CanLII 8 (SCC)

ed by a cable company could not be subject to the standards of the *Consumer Protection Act*. While this submission demonstrates that the Quebec government can only achieve partial success in controlling commercial advertising aimed at children, it also demonstrates that a province can aim to regulate provincial advertisers without applying its regulations to television broadcasters situate in the province. Therefore, the provisions in question do not trench on exclusive federal jurisdiction by purporting to apply to a federal undertaking and, in so doing, affecting a vital part of its operation.

Do the provisions nevertheless have the effect of impairing the operation of a federal undertaking? The interveners adduced evidence showing the importance of advertising revenues in the operation of a television broadcast undertaking and that the prohibition of commercial advertising directed to persons under thirteen years of age affected the capacity to provide children's programs. This is not a sufficient basis on which to conclude that the effect of the provisions was to impair the operation of the undertaking, in the sense that the undertaking was "sterilized in all its functions and activities". The most that can be said, as in *Kellogg's* (at p. 225), is that the provisions "may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations". Nor can it be said that the provisions have the potential to impair the operation of a broadcast undertaking. Interpreted strictly, as under the *Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)* produced by the Office de la protection du consommateur (October 8, 1980), products and services aimed exclusively at children "may not, for all practical purposes, be advertised during children's programs (unless the message is presented so that it cannot, in any way, arouse a child's interest)." Even if it were true, as Pathonic submitted, that applied this way, the provisions prevent the production of programs aimed at children since they remove potential funding for those programs—a contention which was denied by the Attorney General of Quebec, who insisted that advertisers were always free to aim their message

et captés directement par le public ou retransmis par une société de câblodistribution ne pouvaient être assujettis aux normes de la *Loi sur la protection du consommateur*. Bien que cet argument démontre que le gouvernement du Québec ne peut que partiellement réussir à contrôler la publicité télévisée destinée aux enfants, il démontre aussi qu'une province peut vouloir régir les annonceurs provinciaux sans appliquer ses règlements aux télédiffuseurs situés dans la province. Par conséquent, les dispositions en question ne portent pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en visant à s'appliquer à une entreprise fédérale et, ce faisant, en touchant un élément essentiel de son exploitation.

Quoi qu'il en soit, les dispositions ont-elles pour effet d'entraver l'exploitation d'une entreprise fédérale? Les intervenants ont présenté des éléments de preuve pour montrer l'importance des revenus de publicité dans l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et pour établir que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans porte atteinte à la capacité de présenter des émissions pour enfants. Ce n'est pas suffisant pour conclure que l'effet des dispositions est d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise est «paralysée dans ses fonctions et ses activités». Tout au plus peut-on affirmer, comme dans l'arrêt *Kellogg* (à la p. 225), que les dispositions «[peuvent], incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision». On ne peut non plus affirmer que les dispositions constituent une entrave potentielle à l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion. Interprétés strictement, comme dans le *Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité au moins de 13 ans)* publié par l'Office de la protection du consommateur (le 29 septembre 1980), les produits et services exclusivement destinés aux enfants «ne peuvent, à toutes fins pratiques, être annoncés dans les émissions pour enfants (à moins que la présentation du message ne soit telle qu'elle ne puisse, en aucune façon, susciter l'intérêt de l'enfant»). Même s'il était vrai, comme le soutient Pathonic, que les dispositions appliquées de cette façon empêchent la production d'émissions destinées aux enfants parce qu'elles suppriment leur financement éventuel—prétention

1989 CanLII 80 (SCC)

at adults rather than children, and which must also be considered in light of the explicit acceptance in the *Application Guide for Sections 248 and 249* (at p. 9) of educational advertising aimed at children produced by private companies—this would only demonstrate that the legislation constrains business decisions both for those who produce advertisements and for those who carry them. It should also be noted that Pathonic is subject to a parallel, though somewhat less stringent, requirement under the terms of the *Broadcast Code for Advertising to Children*, which Code is incorporated by reference as a condition of Pathonic's licence to carry on a broadcasting transmitting undertaking granted by the CRTC (at p. 3):

Pre-schoolers

Children of pre-school age often are unable to distinguish between program content and actual promotions. Therefore, any commercials scheduled for viewing during the school-day morning hours must be directed to the family, parent, or an adult, rather than to children.

Pathonic did not claim that such a limit on the conduct of its business had or could have the effect of disrupting its operations. Nor do we find that ss. 248 and 249 have or could have that effect.

C. *The Compatibility of ss. 248 and 249 with Federal Regulation*

Irwin Toy submitted that even if the effect of ss. 248 and 249 was not to impair the operation of a federal undertaking, these provisions conflicted with the declaration found in s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11 (now R.S.C., 1985, c. B-9), which reads:

Broadcasting Policy for Canada

3. It is hereby declared that

. . .

(*c*) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only

que le procureur général du Québec nie, en insistant sur le fait que les annonceurs ont toujours la possibilité d'adresser leur message aux adultes plutôt qu'aux enfants et qu'il faut également envisager dans le contexte de la reconnaissance explicite contenue dans le *Guide d'application des articles 248 et 249* (à la p. 9) de la publicité éducative destinée aux enfants et produite par des sociétés privées—cela démontre simplement que la loi impose des restrictions aux décisions d'affaires que doivent prendre ceux qui conçoivent la publicité aussi bien que ceux qui la diffusent. Il convient également de souligner que Pathonic est assujetti à une exigence parallèle, quoique moins sévère, aux termes du *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*; ce Code fait partie, par renvoi, des conditions de la licence que lui a délivrée le CRTC et qui l'autorise à exploiter une entreprise de radiodiffusion (à la p. 3):

Enfants d'âge préscolaire

Les enfants d'âge préscolaire sont souvent incapables de distinguer entre le contenu d'une émission et la promotion commerciale. Voilà pourquoi tout message publicitaire diffusé le matin pendant les heures de classe doit s'adresser à la famille entière, parents ou autres adultes, plutôt qu'aux enfants.

Pathonic n'a pas prétendu que cette restriction à la conduite de ses affaires avait ou pouvait avoir un effet perturbateur sur l'exploitation de son entreprise. Nous ne pouvons conclure non plus que les art. 248 et 249 ont ou pourraient avoir cet effet.

C. *La compatibilité des art. 248 et 249 avec la réglementation fédérale*

Irwin Toy soutient que, même si les art. 248 et 249 n'ont pas pour effet d'entraver l'exploitation d'une entreprise fédérale, ces dispositions entrent en conflit avec la déclaration contenue à l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11 (maintenant L.R.C. (1985), chap. B-9):

Politique de la radiodiffusion pour le Canada

3. Il est, par les présentes, déclaré

. . .

c) que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter

1989 CanLII 87 (SCC)

to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned;

The respondent argued that the only federal regulation restricting public access to television programming were the *Television Broadcasting Regulations*, C.R.C. 1978, c. 381. Because these regulations do not restrict advertising aimed at children, and because s. 3 of the *Broadcasting Act* enshrines the right to freedom of expression subject only to generally applicable statutes or regulations, Irwin Toy submitted that the scheme of the *Broadcasting Act* provided legislative protection for their advertising activities. Under the doctrine of paramountcy, ss. 248 and 249, to the extent they purported to apply to television advertising, were therefore of no force or effect.

This argument cannot succeed. It is based, in part, on a misunderstanding of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23 (now R.S.C., 1985, c. I-21). The respondent concluded from ss. 2 and 3 of the *Interpretation Act* that the word "*loi*" in the French text of s. 3 of the *Broadcasting Act* refers only to federal laws of general application. Therefore, no provincial law of general application could restrict advertising. In fact, s. 2 of the *Interpretation Act* sets out the definition of various terms, including "*loi*" and the corresponding English term, "Act", as those terms are to be interpreted "in this Act", not as those terms are to be interpreted in every federal Act. Section 2 simply makes clear that the kind of Act or "*loi*" to which the *Interpretation Act* applies is a federal Act, not a provincial Act. That does not imply that whenever the word "loi" appears in a federal statute, it can only refer to a federal Act. Furthermore, the English text of s. 3 of the *Broadcasting Act* refers to "statutes", not "Acts". Thus, the definition of "Act" or "*loi*" in s. 2 of the *Interpretation Act* is simply not relevant. Even assuming that it could have that effect, the general declaration found in s. 3(*c*) of the *Broadcasting Act* does not purport to prevent provincial laws of general application from having an incidental effect on broadcasting undertakings.

les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

L'intimée soutient que le seul règlement fédéral qui restreint l'accès du public à la programmation télévisée est le *Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, chap. 381. Parce que ce règlement n'apporte pas de restrictions à la publicité destinée aux enfants et parce que l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît le droit à la liberté d'expression, sous la seule réserve des lois et des règlements d'application générale, Irwin Toy soutient que le régime de la *Loi sur la radiodiffusion* donne une protection législative à ses activités publicitaires. En vertu de la théorie de la prépondérance, les art. 248 et 249, dans la mesure où ils visent à s'appliquer à la publicité télévisée, sont donc inopérants.

Cet argument ne peut être accueilli. Il est en partie fondé sur une compréhension erronée de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 (maintenant L.R.C. (1985), chap. I-21). Se fondant sur les art. 2 et 3 de la *Loi d'interprétation*, l'intimée conclut que le mot «loi» dans le texte français de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* renvoie uniquement aux lois fédérales d'application générale. Par conséquent, aucune loi provinciale d'application générale ne peut restreindre la publicité. En fait, l'art. 2 de la *Loi d'interprétation* définit divers termes, dont celui de «loi» et son équivalent anglais «*Act*», pour leur interprétation «[dans] la présente loi» (*in this Act*), et non dans toutes les lois fédérales. L'article 2 ne fait que préciser que le genre de «loi» ou «*Act*» visé par la *Loi d'interprétation* est une loi fédérale et non une loi provinciale. Cela ne signifie pas que chaque fois que le terme «loi» figure dans une loi fédérale, il ne peut s'agir que d'une loi fédérale. En outre, le texte anglais de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* utilise le terme «*statutes*» et non «*Acts*». Par conséquent, la définition des termes «loi» ou «*Act*» à l'art. 2 de la *Loi d'interprétation* n'est tout simplement pas pertinente. À supposer même qu'elle puisse avoir cet effet, la déclaration générale contenue à l'al. 3*c*) de la *Loi sur la radiodiffusion* ne vise pas à empêcher les lois provinciales d'application générale d'avoir un effet accessoire sur les entreprises de télédiffusion.

1989 CanLII 81 (SCC)

More significantly, perhaps, the interveners, Pathonic, drew attention to a condition of its licence imposed by the CRTC pursuant to s. 17(1)(*a*) of the *Broadcasting Act* and typical of one of the conditions imposed on private television broadcasters:

> It is a condition of this licence that the licensee shall adhere to the provisions of the Broadcast Code for Advertising to Children published by the Canadian Association of Broadcasters and to any amendment or amendments which may from time-to-time be made thereto.

As we understood their argument, Pathonic contended that such a condition of licence constituted regulatory action by the CRTC occupying the field as concerns television advertising aimed at children.

To address this argument, one must first outline the nature of the *Broadcast Code for Advertising to Children* and the manner in which it functions as an instrument of CRTC policy. According to Section A of the Code (revised, 1984):

> The Broadcast Code for Advertising to Children has been designed to complement the general principles for ethical advertising outlined in the Canadian Code of Advertising Standards which applies to all advertising. Both Codes are supplementary to all federal and provincial laws and regulations governing advertising, including those regulations and procedures established by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, the Department of Consumer and Corporate Affairs and Health and Welfare Canada.

The Code goes on to establish detailed guidelines which are in substance quite similar to the content standards established in the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* (albeit with respect to advertising not carried on television) and are in many cases more specific and demanding. The Code does, however, contemplate that advertisements which meet the requirements set out therein can aim at children. Indeed, it establishes a procedure for pre-clearance of advertisements by the "Children's Section of the Advertising Standards Council". Nevertheless, the Code is explicitly designed to supplement provincial and

Il est peut-être plus important encore de souligner que l'intervenant Pathonic a attiré notre attention sur une condition de sa licence que lui a imposée le CRTC en application de l'al. 17(1)*a*) de la *Loi sur la radiodiffusion* et qui est habituellement imposée aux stations privées de télédiffusion:

> Cette licence est conditionnelle à ce que son titulaire s'engage à respecter les dispositions du Code de la publicité radio-télévisée destinée aux enfants publié par l'Association canadienne des radiodiffuseurs et tout amendement qui pourra lui être apporté.

Si nous avons bien compris son argumentation, Pathonic prétend qu'une telle condition constitue une mesure de réglementation prise par le CRTC qui, de ce fait, occupe le champ de la publicité télévisée destinée aux enfants.

Pour traiter de cet argument, il faut d'abord expliquer la nature du *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants* et son rôle comme instrument de la politique du CRTC. Selon la section A du Code (révisée, 1984):

> Le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants a été conçu pour servir de complément aux principes généraux d'éthique publicitaire énoncés dans le Code canadien des normes de la publicité, qui s'applique à toutes les formes de publicité. Ces deux codes sont des suppléments à toutes les lois et à tous les règlements, tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité, y compris les règlements et les directives émises par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, le ministère de la Consommation et des Corporations ainsi que par Santé et Bien-être social Canada.

Le Code poursuit en donnant des directives détaillées qui sont semblables pour l'essentiel aux normes en matière de contenu établies dans le *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (mais pour la publicité autre que télévisée) et qui, dans plusieurs cas, sont plus précises et exigeantes. Le Code prévoit cependant que les messages publicitaires conformes aux exigences établies peuvent s'adresser aux enfants. En fait, il prévoit une procédure d'approbation préalable des messages publicitaires par le «Comité de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité». Quoi qu'il en soit, le Code

SCC (1989) 1 RCS 927 CanLII

federal laws and does not purport to constitute the sole regulatory mechanism applicable to children's advertising.

While the Code is published by the Canadian Association of Broadcasters and is thus an instrument of self-regulation, it has been subject to formal consideration by the CRTC. On August 21, 1974, the CRTC issued a public announcement entitled "Broadcast Advertising to Children and Children's Programming" commenting on the Broadcast Code of Advertising and its relationship to CRTC policy (*Broadcast Advertising Handbook* (1978), at p. 11):

Concern expressed to the Commission has indicated that even though the self-regulatory procedures of the Code have proven effective, further assurances were required to ensure adherence to the Code by legally enforceable procedures.

The House of Commons Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts, in its report on children's advertising, indicated that regardless of how excellent the procedures of self-regulation through the Broadcast Code might be, a stronger enforcement system would be desirable.

The Commission, in conformity with its previous undertaking to ensure the effectiveness of the Code and to meet the expressed concerns, hereby gives notice

1. to all holders of licences to carry on broadcasting transmitting undertakings in Canada and all applicants for such licences, that adherence to the provisions of the Broadcast Code for Advertising to Children will be made a specific condition of each licence; and
2. that a representative of the CRTC will formally represent the Commission at all deliberations of the Children's Advertising Sections of the Advertising Standards Council/Conseil des normes de la publicité which have the responsibility for pre-clearing all children's commercials.

Thus, by requiring, as a condition of licence, that television broadcasters adhere to the Code, and by participating in the pre-clearance deliberations respecting advertisements aimed at children, the CRTC has transformed the Code into more than an instrument of industry self-regulation; it has become the federal regulatory regime applicable to private television broadcasters.

est expressément conçu dans le but de compléter les lois fédérales et provinciales et ne prétend pas être le seul outil de réglementation applicable à la publicité destinée aux enfants.

Bien que le Code soit publié par l'Association canadienne des radiodiffuseurs et constitue donc leur propre outil de réglementation, il a fait l'objet d'un examen formel du CRTC. Le 21 août 1974, le CRTC a publié un avis intitulé «La publicité destinée aux enfants et programmation pour enfants», qui traite du Code de la publicité radiotélévisée et de son rapport avec la politique du CRTC (*Guide de la publicité radiodiffusée* (1978), à la p. 12):

Les opinions exprimées ont indiqué au Conseil que malgré l'efficacité des mesures auto-disciplinaires, des mesures additionnelles étaient nécessaires pour assurer le respect du code.

Dans son rapport sur la publicité destinée aux enfants, le Comité permanent de la Chambre des Communes de la radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts a déclaré que malgré le mérite des méthodes auto-disciplinaires, il conviendrait d'imposer une procédure de mise en application plus ferme.

Le Conseil, s'étant engagé à s'assurer de l'efficacité du code et à rassurer ceux que la situation inquiète, avise, par ces présentes

1. tous les titulaires de licence d'entreprises de radiodiffusion et tous les requérants, que le respect des dispositions du Code de la publicité destinée aux enfants deviendra une condition spécifique de toute licence de radiodiffusion; et,
2. qu'un délégué du C.R.T.C. représentera le Conseil à toutes les délibérations des départements de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité qui sont chargés d'approuver tous les messages commerciaux destinés aux enfants.

Ainsi, en exigeant, à titre de condition de la licence, que les télédiffuseurs se conforment au Code, et en participant à la procédure d'approbation préalable des messages publicitaires destinés aux enfants, le CRTC a donné au Code un statut autre qu'un simple outil de réglementation interne de l'industrie; il est devenu le système de réglementation fédéral applicable aux stations privées de radiodiffusion.

1989 CanLII 87 (SCC)

The regulatory regime put into place through the vehicle of the Code is designed to apply both to television broadcasters and to advertisers. However, as concerns advertisers, the CRTC does not claim to exercise any mandatory control. Conditions of licence apply only to broadcasters. The Code itself refers to the fact (at p. 6) that the Association of Canadian Advertisers, Inc. and the Canadian Toy Manufacturers Association have agreed to abide by the Code. But the Code does not purport to have the force of law with regard to them.

Consequently, can it be said that there is a conflict between a federal and provincial regulatory regime such that the doctrine of paramountcy must be invoked? It bears repeating that the federal conditions of licence on the one hand and provincial consumer protection legislation on the other apply to different actors: television broadcasters and advertisers. From a functional standpoint, however, any standard applied to television broadcasters will necessarily restrict the content of what advertisers produce for television, just as any standard applied to advertisers will necessarily restrict the content of what broadcasters show on television. Thus, if there is a "practical and functional incompatibility" (*Bell Canada 1988*, *supra*, at p. 867) between the standards applied to television advertisers and those applied to television broadcasters, the doctrine of paramountcy will come into play. If the two sets of standards are compatible, however, there is no need to invoke paramountcy. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, Dickson J. (as he then was), writing for the majority, made the following observation in this regard (at p. 191):

> In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

Had the CRTC adopted the *Broadcast Code for Advertising to Children* not as "supplementary to all federal and provincial laws and regulations

Le système de réglementation mis en place par l'intermédiaire du Code est conçu pour s'appliquer tant aux télédiffuseurs qu'aux annonceurs. En ce qui concerne les annonceurs toutefois, le CRTC ne prétend exercer aucun contrôle obligatoire. Les conditions de la licence ne s'appliquent qu'aux télédiffuseurs. Le Code fait lui-même état du fait (à la p. 7) que l'Association canadienne des annonceurs Inc. et l'Association des manufacturiers canadiens de jouets ont accepté de se conformer au Code. Le Code ne prétend cependant pas avoir force de loi à leur égard.

Par conséquent, peut-on affirmer qu'il y a un conflit tel entre un système de réglementation fédéral et provincial qu'il faille invoquer la théorie de la prépondérance? Il faut répéter que les conditions applicables aux licences du fédéral, d'une part, et la loi provinciale sur la protection du consommateur, d'autre part, s'appliquent à des acteurs différents: les télédiffuseurs et les annonceurs. D'un point de vue fonctionnel, cependant, tout critère applicable aux télédiffuseurs aura automatiquement pour effet de restreindre le contenu de ce que les annonceurs produisent pour la télévision, au même titre que tout critère applicable aux annonceurs aura nécessairement pour effet de restreindre le contenu de ce que les télédiffuseurs présentent à la télévision. Par conséquent, s'il y a «incompatibilité pratique et opérationnelle» (*Bell Canada 1988*, précité, à la p. 867) entre les critères qui sont appliqués aux annonceurs à la télévision et les critères appliqués aux télédiffuseurs, la théorie de la prépondérance interviendra. Si toutefois les deux séries de critères sont compatibles, il est inutile d'invoquer la prépondérance. Dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la majorité, a fait la remarque suivante à ce sujet (à la p. 191):

> En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Si le CRTC avait adopté le *Code de la publicité destinée aux enfants* non pas comme «supplément[...] à toutes les lois et à tous les règlements,

1989 CanLII 87 (SCC)

governing advertising", but rather as the sole and minimum standard to be applied, the question of conflict and functional incompatibility might have been a real one. But the federal and provincial schemes have been designed to exist side by side. Pre-clearance by the Children's Section of the Advertising Standards Council supplements a parallel evaluation system overseen by the Comité sur l'application des articles 248 et 249 de la Loi sur la protection du consommateur (see the *Application Guide for Sections 248 and 249*, op. cit., at p. 1). Neither television broadcasters nor advertisers are put into a position of defying one set of standards by complying with the other. If each group complies with the standards applicable to it, no conflict between the standards ever arises. It is only if advertisers seek to comply only with the lower threshold applicable to television broadcasters that a conflict arises. Absent an attempt by the federal government to make that lower standard the sole governing standard, there is no occasion to invoke the doctrine of paramountcy.

D. *Sections 248 and 249 and the Criminal Law Power*

Irwin Toy's final submission concerning the division of powers was that the provisions in issue encroached on the criminal law power conferred on Parliament by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Section 278 of the *Consumer Protection Act* provides penalties, including fines and possible imprisonment, for those who are "guilty of an offence constituting a prohibited practice". Section 215 defines "prohibited practice" as "[a]ny practice contemplated in sections 219 to 251", and while the definition applies to Title II on business practices, there is no other definition of the term to explain its use in s. 278. However, s. 278 does not constitute the only sanction that can be applied against a breach of s. 248. Indeed, as we have already mentioned, the Office de la protection du consommateur at one stage sought an injunction ordering Irwin Toy to cease using commercial advertising aimed at children. Section 316 of the Act empowers the President of the Office to seek

tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité» mais comme la seule norme minimale applicable, la question du conflit et de l'incompatibilité opérationnelle aurait pu véritablement se poser. Mais les systèmes fédéral et provincial ont été conçus pour coexister. L'approbation préalable par le Comité de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité s'ajoute à un système parallèle d'évaluation qui relève du Comité sur l'application des art. 248 et 249 de la Loi sur la protection du consommateur (voir le *Guide d'application des articles 248 et 249*, *op. cit.*, à la p. 1). Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.

D. *Les articles 248 et 249 et le pouvoir en matière de droit criminel*

Le dernier argument d'Irwin Toy concernant le partage des pouvoirs consiste à dire que les dispositions contestées empiètent sur le pouvoir que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement en matière de droit criminel. L'article 278 de la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit des peines applicables, y compris des amendes et des peines d'emprisonnement, à celui «qui est coupable d'une infraction constituant une pratique interdite». L'article 215 définit la «pratique interdite» comme «une pratique visée par les articles 219 à 251» et, bien que la définition s'applique au Titre II sur les pratiques de commerce, il n'existe aucune autre définition du terme pour expliquer son emploi à l'art. 278. L'article 278 ne constitue cependant pas la seule sanction applicable à une violation de l'art. 248. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, l'Office de la protection du consommateur, à un moment donné, a demandé une injonction ordonnant à Irwin Toy

1989 CanLII 87 (SCC)

injunctions against persons engaged in prohibited practices.

Having found that ss. 248 and 249 were enacted pursuant to a valid provincial objective and that they do not conflict with federal regulation, it cannot be said that because there are sanctions against a breach of these sections, they are best characterized as being, in pith and substance, legislation relating to criminal law. Subsection 92(15) of the *Constitution Act, 1867* provides that each provincial legislature may make laws respecting:

15. The Imposition of Punishment by Fine, Penalty, or Imprisonment for enforcing any Law of the Province made in relation to any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section.

This Court has on numerous occasions upheld provincial penal laws enacted in relation to otherwise valid provincial objectives: *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238, and *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776. The legislation here in issue is no different.

V—Whether ss. 248 and 249 Are Protected from the Application of the Canadian *Charter* by a Valid and Subsisting Override Provision

Section 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added to that Act by s. 1 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, reads as follows:

This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom).

Section 364 ceased to have effect by operation of s. 33(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* five years after it came into force, and it was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the *Charter*. The legislation enacting s. 364 came into

de cesser de faire usage de publicité commerciale destinée aux enfants. L'article 316 de la loi autorise le président de l'Office à demander des injonctions contre les personnes qui se livrent à des pratiques interdites.

Ayant conclu que les art. 248 et 249 ont été édictés en conformité avec un objectif provincial valide et qu'ils n'entrent pas en conflit avec la réglementation fédérale, on ne peut affirmer que, parce qu'ils prévoient des sanctions en cas de violation, ils devraient être considérés en réalité, de par leur caractère véritable, comme des dispositions relatives au droit criminel. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que la législature de chaque province peut légiférer concernant:

15. L'imposition de sanctions, par voie d'amende, de pénalité ou d'emprisonnement, en vue de faire exécuter toute loi de la province sur des matières rentrant dans l'une quelconque des catégories de sujets énumérés au présent article;

Cette Cour a plusieurs fois déclaré valides des lois pénales provinciales adoptées à l'égard d'objectifs provinciaux valides par ailleurs: *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776. Cela s'applique de la même manière aux dispositions législatives en cause ici.

V—Les articles 248 et 249 sont-ils soustraits à l'application de la *Charte* canadienne par une disposition dérogatoire valide et en vigueur?

L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté à la Loi par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, se lit ainsi:

La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982).

En vertu du par. 33(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 364 a cessé d'avoir effet cinq ans après son entrée en vigueur et il n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte*. La Loi édictant l'art. 364 est entrée en

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

A. *The Ford and Devine Appeals*

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

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

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

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

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

A. *Les pourvois Ford et Devine*

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

a. Purpose

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

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

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

a. L'objet

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

b. Effects

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

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

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

b. Les effets

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

c. Sections 248 and 249

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

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

c. Les articles 248 et 249

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

1989 CanLII 87 (SCC)

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

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

1989 CanLII 87 (SCC)

D. *Summary and Conclusion*

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

D. *Résumé et conclusion*

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

claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

In the instant case, the plaintiff's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. They fall to be justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

VII—Whether the Limit on Freedom of Expression Imposed by ss. 248 and 249 Is Justified Under s. 9.1 of the Quebec *Charter* or s. 1 of the Canadian *Charter*

The issues raised in this part are as follows: (a) whether the meaning, role and effect of s. 9.1 of the Quebec *Charter* are essentially different from that of s. 1 of the Canadian *Charter*; (b) whether the scheme put into place by ss. 248 and 249 is so vague as not to constitute a "limit prescribed by law"; (c) whether the materials (hereinafter referred to as the s. 1 and s. 9.1 materials) relied on by the Attorney General of Quebec are relevant to justifying ss. 248 and 249 as a reasonable limit upon freedom of expression; and (d) whether the s. 1 and s. 9.1 materials justify banning commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

En l'espèce, l'activité de la demanderesse relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Elles doivent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

VII—La restriction que les art. 248 et 249 apportent à la liberté d'expression est-elle justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise ou de l'article premier de la *Charte* canadienne?

Les questions traitées dans ce chapitre sont les suivantes: a) le sens, le rôle et l'effet de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise sont-ils essentiellement différents de ceux de l'article premier de la *Charte* canadienne? b) le régime mis en place par les art. 248 et 249 est-il à ce point vague qu'il ne constitue pas une restriction prescrite «par une règle de droit»? c) les documents (ci-après appelés les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1) sur lesquels s'appuie le procureur général du Québec sont-ils pertinents pour démontrer que les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression? et d) les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans?

1989 CanLII 87 (SCC)

A. *The Meaning of s. 9.1 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*

The respondent, Irwin Toy, argued that s. 3 of the Quebec *Charter* provides an absolute guarantee of free expression. On the respondent's submission, absent legislation declaring that these provisions apply notwithstanding the Quebec *Charter*, it was not open to the Attorney General to argue that ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit to the s. 3 guarantee. However, in *Ford*, *supra*, this Court drew the following conclusion about s. 9.1 of the Quebec *Charter* (at pp. 769-70):

> In the case at bar the Superior Court and the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion.

Since the test of rational connection and proportionality under s. 9.1 of the Quebec *Charter* is essentially the same as the test under s. 1 of the Canadian *Charter*, the two tests will be considered together.

B. *Whether ss. 248 and 249 Are too Vague to Constitute a Limit Prescribed by Law*

The respondent contended that ss. 248 and 249 were insufficiently precise to constitute a limit prescribed by law. For convenience, the two provisions are reproduced here:

> **248.** Subject to what is provided in the regulations, no person may make use of commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.
>
> **249.** To determine whether or not an advertisement is directed at persons under thirteen years of age, account must be taken of the context of its presentation, and in particular of
>
> (*a*) the nature and intended purpose of the goods advertised;
>
> (*b*) the manner of presenting such advertisement;
>
> (*c*) the time and place it is shown.
>
> The fact that such advertisement may be contained in printed matter intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over, or that it may be broadcast during air time intend-

A. *Le sens de l'art. 9.1 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*

L'intimée, Irwin Toy, soutient que l'art. 3 de la *Charte* québécoise donne une garantie absolue à la liberté d'expression. Selon l'intimée, en l'absence d'une loi qui déclarerait que ces dispositions s'appliquent nonobstant la *Charte* québécoise, le procureur général du Québec ne pourrait soutenir que les art. 248 et 249 constituent une limite raisonnable à la garantie de l'art. 3. Dans l'arrêt *Ford*, précité, cette Cour a cependant tiré la conclusion suivante quant à l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise (aux pp. 769 et 770):

> En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion.

Puisque le critère de la proportionnalité et du lien rationnel à l'égard de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise est essentiellement le même que le critère relatif à l'article premier de la *Charte* canadienne, les deux critères seront examinés ensemble.

B. *Les articles 248 et 249 sont-ils trop imprécis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit?*

L'intimée soutient que les art. 248 et 249 ne sont pas assez précis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Par souci de commodité, les dispositions sont reproduites ici:

> **248.** Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.
>
> **249.** Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:
>
> *a*) de la nature et de la destination du bien annoncé;
>
> *b*) de la manière de présenter ce message publicitaire;
>
> *c*) du moment ou de l'endroit où il apparaît.
>
> Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois et à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des

1989 CanLII 87 (SCC)

ed for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over does not create a presumption that it is not directed at persons under thirteen years of age.

The respondent's attack on the vagueness of these provisions was threefold: (1) ss. 248 and 249, read together, are confusing if not contradictory; (2) the courts are given insufficient guidance respecting how to interpret the ban on commercial advertising directed at children; and (3) there is too much scope for discretion to promulgate regulations. The third argument need not be addressed because this Court has already concluded that a limit is "prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements" (*R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51 *per* Le Dain J. for the Court). (Emphasis added.) A regulation promulgated pursuant to the statutory discretion such as the one here impugned can itself constitute a limit prescribed by law. Thus, only the first two arguments will be addressed.

a. Confusion and Contradiction

The respondent alleged that the last paragraph of s. 249 makes it all but impossible for the manufacturer of a children's product to know whether an advertisement of that product will run afoul of s. 248. One author has commented on the paragraph to the same effect (Martin, "Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act" in Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec* (1980), at p. 222):

When this provision is read carefully, it seems that printed materials or broadcast time aimed only at adults are both covered, and this would appear to take away from the original provisions of this section in which it is said that account must be taken of the context of the presentation of the advertisement. When this section is read as a whole, it would seem that the fact that the advertisement appeared in the *Atlantic Monthly*, or the like, cannot be invoked as creating any presumption that an advertisement was not directed to children. On the

personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

L'argumentation de l'intimée quant au caractère imprécis de ces dispositions comporte trois volets: (1) les art. 248 et 249 forment un ensemble confus, voire contradictoire; (2) ils ne fournissent pas aux tribunaux d'indications suffisantes sur la façon d'interpréter l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants; et (3) le pouvoir discrétionnaire d'adopter des règlements est trop large. Il n'est pas nécessaire de traiter du troisième argument parce que cette Cour a déjà conclu qu'une restriction «est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application» (*R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651, le juge Le Dain au nom de la Cour). (Je souligne.) Un règlement promulgué en vertu d'un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, tel que celui en l'espèce, constitue une restriction prescrite par une règle de droit. Par conséquent seuls les deux premiers arguments seront examinés.

a. La confusion et la contradiction

L'intimée allègue que le dernier paragraphe de l'art. 249 fait qu'il est presque impossible pour le fabricant d'un produit pour enfant de savoir si un message publicitaire relatif à ce produit sera contraire à l'art. 248. Un auteur a fait la même observation au sujet de ce paragraphe (Martin, «Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act» dans Conférences Mémorial Meredith 1979, *La nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur* (1980), à la p. 222):

[TRADUCTION] Lorsqu'on lit la disposition attentivement, il semble que les imprimés ou que la période de diffusion destinés seulement aux adultes soient tous deux visés, ce qui diffère apparemment du début de cet article dans lequel il est dit qu'on doit tenir compte du contexte de la présentation du message publicitaire. Lorsque l'article est pris dans son ensemble, il semble que le fait que le message publicitaire paraisse dans l'*Atlantic Monthly* ou une publication de ce genre ne puisse être invoqué à l'appui de l'existence d'une présomption que le

1989CanLII 87 (SCC)

other hand, this fact could be taken into account as part of the context of the presentation of the advertisement. There is, in short, a contradiction in terms in the article and some redrafting appears required.

We conclude that s. 249 can be given a sensible construction. The narrow purpose of the last paragraph is to ensure that the three factors to be weighed by the judge, *viz.* the nature and intended purpose of the goods advertised, the manner of presenting the advertisement, and the time and place it is shown, are always weighed together. The last paragraph addresses only the third factor—time and place. It makes clear that children's product advertising, if presented in a manner aimed to attract children, is not permitted even if adults form the largest part of the public likely to see the advertisement. Of course if, in assessing "manner of presentation", the judge concludes that no children were likely to see the advertisement, it is also unlikely that the means chosen were designed to attract children. But the factors must all be weighed according to the balance of probabilities. No presumption is to be drawn by considering the third factor alone. Read this way, there is nothing inherently confusing or contradictory about ss. 248 and 249.

b. Judicial Discretion

The respondent contended that the test set out in ss. 248 and 249 leaves an inordinately wide discretion in the judge to determine whether a commercial advertisement was aimed at children. It cites the Introduction to the *Application Guide for Sections 248 and 249*, which comments on the prohibition against commercial advertising directed at children:

[T]he terms of the law can lend to different interpretations, thus allowing for some discretion in its application. This discretion is evident, for instance, in the determination of precisely what is meant by "intended for children". Therefore, the Office considers it important to make public the standards it has set to determine whether or not a given advertisement is permitted under the Act.

message publicitaire n'était pas destiné aux enfants. Par contre, ce fait pourrait être pris en considération à titre d'élément du contexte de la présentation du message publicitaire. Bref, il y a une contradiction dans les termes de l'article et sa rédaction mériterait d'être reprise.

Nous sommes d'avis qu'il est possible de donner une interprétation logique à l'art. 249. Le dernier paragraphe a pour objet restreint d'assurer que les trois facteurs dont le juge doit tenir compte, c.-à-d. la nature et la destination des biens annoncés, la manière de présenter le message publicitaire et le moment ou l'endroit où il apparaît, sont évalués ensemble. Le dernier paragraphe ne porte que sur le troisième facteur, le moment et l'endroit. Il dit clairement qu'une publicité pour un produit destiné aux enfants présentée de façon à attirer l'attention des enfants est interdite même si le public susceptible de la voir est composé en majeure partie d'adultes. Évidemment lorsque, après évaluation de «la manière de présenter» un message publicitaire, le juge conclut qu'aucun enfant n'est susceptible de le voir, il est également peu probable que les moyens choisis aient été conçus pour attirer l'attention des enfants. Mais il faut évaluer tous les facteurs selon la prépondérance des probabilités. On ne peut tirer aucune présomption de l'examen du troisième facteur seul. Interprétés de cette façon, les art. 248 et 249 n'ont rien d'intrinsèquement confus ou contradictoire.

b. Le pouvoir discrétionnaire des tribunaux

L'intimée prétend que le critère établi par les art. 248 et 249 confère au juge un pouvoir discrétionnaire excessivement large pour décider si un message publicitaire est destiné aux enfants. L'intimée cite l'introduction du *Guide d'application des articles 248 et 249* qui traite de l'interdiction de faire de la publicité commerciale destinée aux enfants:

Cependant, les termes mêmes de la loi peuvent prêter à diverses interprétations, créant ainsi une marge discrétionnaire dans son application. Par exemple, une telle discrétion existe dans la détermination de ce que l'on entend par «destinée à des enfants». L'Office croit donc important de publier les critères qu'il a établis pour déterminer si une publicité est permise ou non, eu égard à la loi.

1989 CanLII 87 (SCC)

The respondent suggested that this reference to "discretion" made by the very agency charged with administering the statute demonstrates that ss. 248 and 249 are imprecise.

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

Sections 248 and 249 do provide an intelligible standard to be applied in determining whether an advertisement is subject to restriction. According to s. 248, the advertisement must have commercial content and it must be aimed at those under thirteen years of age. As explained above, s. 249 directs the judge to weigh three factors relating to the context in which the advertisement was presented. The courts are not simply given a discretion to ban whichever advertisements they please. In order to help advertisers comply with the ss. 248 and 249 standards, the Office de la protection du consommateur developed a more detailed series of guidelines which are not binding on the courts. One cannot infer from the existence of the guidelines that the courts have no intelligible standard to apply. One can only infer that the Office found it reasonable, as part of its mandate, to provide a voluntary pre-clearance mechanism allowing advertisers in most cases to substitute administrative decision-making for judicial decision-making.

C. *The Relevance of the s. 1 and s. 9.1 Materials*

The respondent contended that only evidence of legislative objective contemporary with the adop-

L'intimée a expliqué que la mention de l'existence d'une «marge discrétionnaire» dans un document émanant de l'organisme chargé de l'application de la loi démontre bien que les art. 248 et 249 sont imprécis.

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

Les articles 248 et 249 fournissent une norme intelligible à appliquer pour déterminer si un message publicitaire peut faire l'objet d'une restriction. Selon l'article 248, le message doit avoir un contenu commercial et viser les personnes de moins de treize ans. Comme on l'a déjà expliqué, l'art. 249 impose au juge d'évaluer trois facteurs relatifs au contexte dans lequel le message publicitaire a été présenté. Il ne confère pas aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'interdire les messages publicitaires qu'ils veulent. Afin d'aider les annonceurs à se conformer aux critères des art. 248 et 249, l'Office de la protection du consommateur a donné une série de directives détaillées qui ne lient pas les tribunaux. On ne peut déduire de l'existence des directives que les tribunaux n'ont pas de norme intelligible à appliquer. On peut seulement en déduire que l'Office a jugé raisonnable, dans le cadre de son mandat, d'établir une procédure volontaire d'approbation préalable qui permet aux annonceurs dans la plupart des cas de soumettre leurs annonces à un processus décisionnel administratif plutôt que judiciaire.

C. *La pertinence des documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1*

L'intimée prétend que seuls les éléments de preuve relatifs à l'objet visé par le législateur,

1989 CanLII 87 (SCC)

tion of ss. 248 and 249 was relevant to deciding whether these sections constitute a reasonable limit to freedom of expression. It therefore attacked the relevance of studies post-dating the enactment of the *Consumer Protection Act* and upon which the government did not rely in adopting the legislation.

existant à l'époque de l'adoption des art. 248 et 249, sont pertinents pour décider si ces articles constituent une limite raisonnable à la liberté d'expression. Elle conteste donc la pertinence des études postérieures à l'adoption de la *Loi sur la protection du consommateur*, études dont le gouvernement ne disposait pas au moment de l'adoption de la loi.

Where the basis for its legislation is not obvious, the government must bring forward cogent and persuasive evidence demonstrating that the provisions in issue are justified having regard to the constituent elements of the s. 1 or s. 9.1 inquiry (see *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 138). In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 335). However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 769). It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the changing of circumstances.

Lorsque le fondement de sa loi n'est pas clair, le gouvernement doit présenter une preuve forte et persuasive afin d'établir que les dispositions en cause sont justifiées compte tenu des éléments constitutifs de l'analyse en vertu de l'article premier ou de l'art. 9.1 (voir *R. c. Oakes*, précité, à la p. 138). Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer a posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine (voir *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 335). Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif (voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 769). Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolution des circonstances.

The respondent claimed that the legislative debates provide no evidence of the intention of the government in enacting ss. 248 and 249 and therefore argued that all other evidence is superfluous. Yet, the following statement of the Minister responsible for the legislation, commenting on why the government chose the thirteen-year-old age limit, gives an adequate sense of the general purpose underlying the legislation (*Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3e sess., 31e Lég., Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur* (10), December 12, 1978—No. 226, at p. B-9501):

L'intimée prétend que les débats parlementaires n'apportent aucune preuve quant à l'intention du gouvernement lors de l'adoption des art. 248 et 249 et allègue donc que toute autre preuve est superflue. Cependant, la déclaration suivante du ministre responsable de la loi, au sujet des motifs pour lesquels le gouvernement a choisi la limite de treize ans, explique assez bien l'objet général de la loi (*Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3e sess., 31e Lég., Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières, Étude du projet de loi nº 72—*Loi sur la protection du consommateur* (10), le 12 décembre 1978—nº 226, à la p. B-9501):

1989 CanLII 87 (SCC)

[TRANSLATION] **Ms. Payette:** What we wished to avoid at all costs—I think in response to an observation by the Office concerning the messages currently broadcast—was not actually reaching children. The proposal that pre-school age children be covered by the Bill did not seem adequate in the circumstances. It seemed to us that thirteen years of age was a good limit. It is possible that certain children are able to draw distinctions and make choices by the age of twelve. Certainly from the age of fourteen they are generally able to do so. So it seemed to us that thirteen, though arbitrary, was fair.

And since we have relied upon a regulatory framework which has been in place for a number of years and which uses the age of thirteen as a cut-off, we adopted that age, on the basis of our experience to date.

The question becomes whether the evidence submitted by the government establishes that children under 13 are unable to make choices and distinctions respecting products advertised and whether this in turn justifies the restriction on advertising put into place. Studies subsequent to the enactment of the legislation can be used for this purpose.

One might wonder why the Attorney General did not tender in evidence certain reports and studies that were used by the government both in enacting the legislation and subsequently in reviewing its operation. Nor did the Attorney General rely upon the deliberations of the two legislative committees, one convened in 1976 and the other in 1978, which held hearings concerning revisions to the *Consumer Protection Act*. In her testimony before the 1978 committee, the Minister made repeated reference to studies conducted for the government and, in particular, to a document tabled with the committee and prepared by the Office de la protection du consommateur respecting the proposed legislation on children's advertising. None of these materials were filed. In September 1985, the Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children prepared a report entitled *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children.* The Attorney General did not see fit to put this report before the Court. We are left to assess the

Mme Payette: Ce que nous voulions éviter à tout prix—je pense que c'est à partir d'une observation de la part de l'office quant aux messages qui sont télédiffusés présentement—c'était de ne pas rejoindre véritablement les enfants. La proposition qui nous était faite d'inclure dans le projet de loi des enfants d'âge préscolaire ne nous paraissait pas une proposition suffisante dans les circonstances. Il nous paraissait que treize ans était une bonne moyenne. Il se peut que certains enfants, à douze ans, soient en mesure de faire des distinctions, de faire des choix. Il est sûr qu'à partir de quatorze ans, en général, ils sont en mesure de le faire. Alors, il nous paraissait que treize ans était arbitraire et juste à la fois.

Et comme on s'appuie aussi sur une réglementation qui est en vigueur depuis un certain nombre d'années et qui comprend l'âge de treize ans, nous avons retenu cet âge, à partir des expériences qui ont été faites jusqu'à maintenant.

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

On peut se demander pourquoi le procureur général n'a pas présenté en preuve certains rapports et certaines études que le gouvernement a utilisés tant au moment de l'adoption de la loi qu'après, au moment de la révision de son application. Le procureur général ne s'est pas servi non plus des délibérations de deux commissions parlementaires, l'une convoquée en 1976 et l'autre en 1978 pour tenir des audiences au sujet des modifications à apporter à la *Loi sur la protection du consommateur*. Dans son témoignage devant la commission en 1978, la ministre a fait appel à plusieurs reprises aux études menées pour le compte du gouvernement et, en particulier, à un document déposé auprès de la commission et préparé par l'Office de la protection du consommateur au sujet du projet de loi sur la publicité destinée aux enfants. Aucun de ces documents n'a été déposé. En septembre 1985, le Comité fédéral-provincial sur la publicité destinée aux enfants a préparé un rapport intitulé *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux*

1989 CanLII 87 (SCC)

constitutionality of the legislation on the basis of the material that was filed.

D. *Whether the s. 1 and s. 9.1 Materials Justify Banning Commercial Advertising Directed at Persons Under Thirteen Years of Age*

It is now well established that the onus of justifying the limitation of a right or freedom rests with the party seeking to uphold the limitation, in this case the Attorney General of Quebec, and that the analysis to be conducted is that set forth by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, *supra*.

a. Pressing and Substantial Objective

The first part of the test involves asking whether the objective sought to be achieved by the impugned legislation relates to concerns which are "pressing and substantial in a free and democratic society". Dickson C.J. explained this requirement in *Oakes* at pp. 138-39:

> 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.

Because we have already found that the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by freedom of expression and that the purpose of the legislation is to prohibit particular content of expression in the name of protecting children, it is far from onerous to require that the concern underlying the restrictive legislation be a pressing and substantial one. Without such a high standard of justification, enshrined rights and freedoms would be stripped of most of their value.

enfants. Le procureur général a jugé bon de ne pas présenter ce rapport à la Cour. Il nous reste donc à examiner la constitutionnalité de la loi à partir des documents déposés.

D. *Les documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1 justifient-ils l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans?*

Il est maintenant bien établi qu'il incombe à la partie qui cherche à maintenir la restriction apportée à un droit ou à une liberté, en l'espèce le procureur général du Québec, de justifier cette restriction et que l'analyse doit être faite de la façon décrite par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité.

a. Un besoin urgent et réel

La première étape de l'analyse consiste à se demander si l'objectif que cherche à atteindre la loi contestée se rapporte à des préoccupations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique». Le juge en chef Dickson a expliqué cette exigence dans l'arrêt *Oakes*, aux pp. 138 et 139:

> 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 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.

Puisque nous avons déjà conclu que les activités de la demanderesse relèvent du champ des activités protégées par la liberté d'expression et que l'objet de la loi est d'interdire un contenu particulier d'expression au nom de la protection des enfants, ce n'est pas trop demander que d'exiger que la préoccupation qui a donné lieu à la législation restrictive soit urgente et réelle. Sans cette norme élevée de justification, les droits et libertés protégés par la Constitution perdraient une grande partie de leur valeur.

1989 CanLII 87 (SCC)

In our view, the Attorney General of Quebec has demonstrated that the concern which prompted the enactment of the impugned legislation is pressing and substantial and that the purpose of the legislation is one of great importance. The concern is for the protection of a group which is particularly vulnerable to the techniques of seduction and manipulation abundant in advertising. In the words of the Attorney General of Quebec, [TRANSLATION] "Children experience most manifestly the kind of inequality and imbalance between producers and consumers which the legislature wanted to correct." The material given in evidence before this Court is indicative of a generalized concern in Western societies with the impact of media, and particularly but not solely televised advertising, on the development and perceptions of young children. (For example: Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences*, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082; Canadian Association of Broadcasters, *Broadcast Code for Advertising to Children*, op. cit.; *Canadian Broadcasting Corporation, Commercial Acceptance Policy Guideline*, see in particular "The CBC and Children's Advertising"; National Association of Broadcasters, *Television Code* (21st ed. 1980), see in particular "Responsibility Towards Children"; Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising* (1982); and J. J. Boddewyn, *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries* (1984)). Broadly speaking, the concerns which have motivated both legislative and voluntary regulation in this area are the particular susceptibility of young children to media manipulation, their inability to differentiate between reality and fiction and to grasp the persuasive intention behind the message, and the secondary effects of exterior influences on the family and parental authority. Responses to the perceived problems are as varied as the agencies and governments which have promulgated them. However the consensus of concern is high.

À notre avis, le procureur général du Québec a fait la preuve que la préoccupation qui a abouti à l'adoption de la loi contestée était urgente et réelle et que l'objet de la loi était d'une très grande importance. La préoccupation est de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. Selon les termes mêmes du procureur général du Québec, «Ce sont eux qui vivent le plus manifestement cette situation d'infériorité et de déséquilibre entre producteurs et consommateurs que le législateur a voulu corriger». Les documents présentés en preuve devant cette Cour font état d'une préoccupation généralisée dans les sociétés occidentales à l'égard de l'effet des médias et particulièrement, mais pas seulement, celui de la publicité télévisée, sur le développement et les perceptions des jeunes enfants. (Par exemple: Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada,* (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082; Association canadienne des radiodiffuseurs, *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, *op. cit.*; Société Radio-Canada, *Critères de la politique du code publicitaire*, voir en particulier, «Radio-Canada et la publicité destinée aux enfants»; National Association of Broadcasters, *Television Code* (21e éd. 1980), voir en particulier «Responsibility Towards Children»; Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires* (1982); et J. J. Boddewyn, *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries* (1984)). De façon générale, les préoccupations à l'origine de la loi et de la réglementation volontaire dans ce domaine concernent la vulnérabilité particulière des jeunes enfants face à la manipulation exercée par les médias, leur incapacité de distinguer la fiction de la réalité ou de saisir l'intention persuasive que comporte le message et les effets secondaires des influences extérieures sur la famille et l'autorité parentale. Les solutions apportées aux problèmes perçus sont aussi variées que les agences et gouvernements qui les ont formulées. Tous s'accordent cependant sur l'importance du problème.

1989 CanLII 87 (SCC)

In establishing the factual basis for this generally identified concern, the Attorney General relied heavily upon the U.S. Federal Trade Commission (FTC) Final Staff Report and Recommendation, *In the Matter of Children's Advertising*, which contains a thorough review of the scientific evidence on the subject as at 1981. The Report emerged from a rulemaking proceeding initiated by the FTC. The Report's assessment both of children's cognitive ability to evaluate television advertising directed at them and of the possible remedies to mitigate the adverse effects of such advertising are relevant here. One of its principal conclusions is that young children (2-6) cannot distinguish fact from fiction or programming from advertising and are completely credulous when presented with advertising messages (at pp. 34-35):

> In summary, the rulemaking record establishes that the specific cognitive abilities of young children lead to their inability to fully understand child-oriented television advertising, even if they grasp some aspects of it. They place indiscriminate trust in the selling message. They do not correctly perceive persuasive bias in advertising, and their life experience is insufficient to help them counter-argue. Finally, the content, placement and various techniques used in child-oriented television commercials attract children and enhance the advertising and the product. As a result, children are not able to evaluate adequately child-oriented advertising.

The Report thus provides a sound basis on which to conclude that television advertising directed at young children is *per se* manipulative. Such advertising aims to promote products by convincing those who will always believe.

It is reasonable to extend this conclusion in two ways. First, it can be extended to advertising in other media. For example, the OECD Report, op. cit., discusses children's advertising in all media including television, although the greatest body of evidence focusses on the persuasive force of television advertising. Second, it can be extended to advertising aimed at older children (7-13). The Attorney General filed a number of studies reach-

Pour établir le contexte factuel de cette préoccupation générale, le procureur général s'est surtout fondé sur le U.S. Federal Trade Commission (FTC) Final Staff Report and Recommendation, *In the Matter of Children's Advertising*, qui contient une étude approfondie de la preuve scientifique qui existait sur le sujet en 1981. Le rapport découle d'une procédure de réglementation établie par le FTC. Dans ce rapport, l'analyse des capacités cognitives des enfants pour évaluer la publicité télévisée qui leur est destinée et des moyens possibles de minimiser les effets nuisibles de cette publicité, est pertinente en l'espèce. Selon l'une des principales conclusions du rapport, les jeunes enfants (de 2 à 6 ans) sont incapables de distinguer la fiction de la réalité ou les messages publicitaires des émissions proprement dites, et ils croient aveuglément ce que présente les messages publicitaires (aux pp. 34 et 35):

> [TRADUCTION] En résumé, le dossier produit en vue d'établir des règlements démontre qu'en raison de leurs capacités cognitives spécifiques, les jeunes enfants sont incapables de bien comprendre la publicité télévisée qui leur est destinée même s'ils en saisissent certains aspects. Ils croient aveuglément le message de vente. Ils ne perçoivent pas correctement la distorsion persuasive de la publicité et leur expérience de la vie n'est pas suffisante pour leur permettre d'envisager un point de vue contraire. Enfin, le contenu, l'endroit et les diverses techniques de la publicité commerciale destinée aux enfants sont choisis pour attirer les enfants et mettre en valeur la publicité et le produit. Par conséquent, les enfants sont incapables d'évaluer correctement la publicité qui leur est destinée.

Le rapport étaye solidement la conclusion que la publicité télévisée destinée aux jeunes enfants est en soi manipulatrice. Elle vise à promouvoir des produits en convainquant ceux qui sont toujours prêts à tout croire.

Il est raisonnable d'étendre la portée de cette conclusion de deux façons. Premièrement, elle peut s'appliquer à la publicité dans d'autres médias. Par exemple, le rapport de l'OCDE, précité, porte sur la publicité destinée aux enfants dans tous les médias, y compris la télévision, bien que la majeure partie de la preuve se rapporte à la force persuasive de la publicité télévisée. Deuxièmement, elle peut s'appliquer à la publicité destinée à des

1989 CaLL 8 (SCC)

ing somewhat different conclusions about the age at which children generally develop the cognitive ability to recognize the persuasive nature of advertising and to evaluate its comparative worth. The studies suggest that at some point between age seven and adolescence, children become as capable as adults of understanding and responding to advertisements. The majority in the Court of Appeal interpreted this evidence narrowly and found that it only justified the objective of regulating advertising aimed at children six or younger, not the regulation of advertising aimed at children between the ages of seven and thirteen. They concluded, and we agree, that the evidence was strongest with respect to the younger age category. Opinion is more divided when children in the older age category are involved. But the legislature was not obliged to confine itself solely to protecting the most clearly vulnerable group. It was only required to exercise a reasonable judgment in specifying the vulnerable group.

As Dickson C.J. noted in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 781-82, commenting on the legislative decision to exempt businesses having seven or fewer employees from a Sunday closing rule:

> I might add that I do not believe there is any magic in the number seven as distinct from, say, five, ten, or fifteen employees as a cut-off point for eligibility for the exemption. In balancing the interests of retail employees to a holiday in common with their family and friends against the s. 2(*a*) interests of those affected the Legislature engaged in the process envisaged by s. 1 of the *Charter*. A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

The same can be said of evaluating competing credible scientific evidence and choosing thirteen, as opposed to ten or seven, as the upper age limit

enfants plus âgés (7 à 13 ans). Le procureur général a déposé un certain nombre d'études qui arrivent à des conclusions quelque peu différentes quant à l'âge auquel les enfants acquièrent des capacités cognitives suffisantes pour reconnaître la nature persuasive de la publicité et évaluer sa valeur relative. Les études permettent de dire que quelque part entre l'âge de sept ans et l'adolescence, les enfants deviennent tout aussi capables que les adultes de comprendre les messages publicitaires et d'y réagir. La Cour d'appel, à la majorité, a donné une interprétation restrictive à cette preuve et a conclu qu'elle justifiait uniquement l'objectif de réglementation de la publicité destinée aux enfants de six ans ou moins et non la publicité destinée aux enfants de sept à treize ans. Elle a conclu, et nous partageons son avis, que la preuve était plus convaincante à l'égard des plus jeunes. Les opinions ne sont pas unanimes quant à la catégorie des plus âgés. Le législateur n'était cependant pas obligé de se limiter seulement à protéger le groupe le plus clairement vulnérable. Il était tenu seulement d'exercer un jugement raisonnable dans l'identification du groupe vulnérable.

Comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782, au sujet de la décision législative d'exempter les commerces qui comptaient sept employés ou moins de l'obligation de fermer leurs portes le dimanche:

> J'ajouterais que je ne vois rien de magique dans le choix du chiffre sept plutôt que, disons, cinq, dix ou quinze employés comme étant le nombre limite pour être admissible à l'exemption. En évaluant les intérêts qu'ont les salariés du commerce de détail à bénéficier d'un jour commun de congé avec leurs familles et leurs amis par rapport aux droits que possèdent les personnes touchées en vertu de l'al. 2*a*), le législateur s'est engagé dans le processus envisagé par l'article premier de la *Charte*. Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

On peut dire la même chose de l'évaluation de preuves scientifiques crédibles mais divergentes et du choix de treize ans plutôt que de dix ou de sept

for the protected group here in issue. Where the legislature mediates between the competing claims of different groups in the community, it will inevitably be called upon to draw a line marking where one set of claims legitimately begins and the other fades away without access to complete knowledge as to its precise location. If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if that assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another. In dealing with inherently heterogeneous groups defined in terms of age or a characteristic analogous to age, evidence showing that a clear majority of the group requires the protection which the government has identified can help to establish that the group was defined reasonably. Here, the legislature has mediated between the claims of advertisers and those seeking commercial information on the one hand, and the claims of children and parents on the other. There is sufficient evidence to warrant drawing a line at age thirteen, and we would not presume to re-draw the line. We note that in *Ford*, *supra*, at pp. 777-79, the Court also recognized that the government was afforded a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence.

In sum, the objective of regulating commercial advertising directed at children accords with a general goal of consumer protection legislation, *viz.* to protect a group that is most vulnerable to commercial manipulation. Indeed, that goal is reflected in general contract doctrine (see, for example, *Civil Code of Lower Canada*, arts. 987 and 1001 to 1011 respecting contracts with minors). Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising and advertisements directed at children would take advantage of this. The legislature reasonably concluded that advertisers should be precluded from taking advantage of children both by inciting them to

ans comme l'âge limite supérieur du groupe protégé en cause. Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre. Quand on traite de groupes hétérogènes en soi et définis en fonction de l'âge ou d'une caractéristique analogue à l'âge, la preuve qu'une forte majorité du groupe requiert le genre de protection prévue par le gouvernement peut permettre d'établir que le groupe a été défini de façon raisonnable. En l'espèce, le législateur a arbitré entre les revendications des annonceurs et de ceux qui demandent une information de nature commerciale, d'une part, et les revendications des enfants et des parents, d'autre part. La preuve est suffisante pour tracer la ligne de démarcation à l'âge de treize ans et nous ne nous permettrions pas de retracer la ligne. Soulignons que, dans l'arrêt *Ford*, précité, aux pp. 777 à 779, la Cour a également reconnu que le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes.

Bref, l'objectif de réglementer la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. De plus, ce but ressort de la théorie générale des contrats (voir, par exemple, les art. 987 et 1001 à 1011 du *Code civil du Bas-Canada* sur les contrats conclus avec des mineurs). Les capacités des enfants ne sont pas aussi développées que celles des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité et les messages publicitaires destinés aux enfants tirent avantage de ce fait. Le législateur a raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher que

1989 CanLII (SCC)

make purchases and by inciting them to have their parents make purchases. Either way, the advertiser would not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern. We thus conclude that the Attorney General has discharged the onus under the first part of the *Oakes* test.

b. Means Proportional to the Ends

The second part of the s. 1 and s. 9.1 test involves balancing a number of factors to determine whether the means chosen by the government are proportional to its objective. As Dickson C.J. stated in *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 768:

> Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights.

i. *Rational Connection*

There can be no doubt that a ban on advertising directed to children is rationally connected to the objective of protecting children from advertising. The government measure aims precisely at the problem identified in the s. 1 and s. 9.1 materials. It is important to note that there is no general ban on the advertising of children's products, but simply a prohibition against directing advertisements to those unaware of their persuasive intent. Commercial advertisements may clearly be directed at the true purchasers—parents or other adults. Indeed, non-commercial educational advertising aimed at children is permitted. Simply put, adver-

les annonceurs exploitent les enfants soit en les incitant à acheter soit en les incitant à presser leurs parents d'acheter. D'une façon comme de l'autre, l'annonceur ne pourrait pas tirer profit de la crédulité des enfants. Les documents relatifs aux articles premier et 9.1 démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que jusqu'à l'âge de treize ans les enfants peuvent être manipulés par la publicité commerciale et que l'objectif de protéger tous les enfants de ce groupe d'âge est fondé sur une préoccupation urgente et réelle. Nous sommes donc d'avis que le procureur général s'est acquitté de l'obligation que lui imposait la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*.

b. Des moyens proportionnels aux fins

La deuxième partie du critère des articles premier et 9.1 exige qu'on soupèse un certain nombre de facteurs pour déterminer si les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à son objectif. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 768:

> En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

i. *Le lien rationnel*

Il n'y a pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité. Les mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème traité dans les documents relatifs aux articles premier et 9.1. Il est important de souligner que nous ne sommes pas en présence d'une interdiction générale de la publicité de produits pour enfants mais simplement d'une interdiction de présenter des messages publicitaires à ceux qui ne sont pas conscients du fait que ces messages visent à persuader. Les messages publicitaires peuvent certainement s'adresser aux

1989 CanLII 87 (SCC)

tisers are prevented from capitalizing on the inability of children either to differentiate between fact and fiction or to acknowledge and thereby resist or treat with some skepticism the persuasive intent behind the advertisement. In the present case, we are of the opinion that the evidence does establish the necessary rational connection between means and objective. In *Ford*, by contrast, no rational connection was established between excluding all languages other than French from signs in Quebec and having the reality of Quebec society communicated through the "*visage linguistique*".

véritables acheteurs, les parents ou d'autres adultes. En fait, la publicité éducative non commerciale destinée aux enfants est permise. En termes simples, on veut empêcher les annonceurs de tirer profit de l'incapacité des enfants de distinguer la réalité de la fiction ou de reconnaître la force persuasive cachée du message publicitaire, et donc d'y résister ou d'y réagir avec un certain scepticisme. En l'espèce, nous sommes d'avis que la preuve démontre l'existence du lien rationnel nécessaire entre les moyens et l'objectif. Par opposition, dans l'arrêt *Ford*, aucun lien rationnel n'avait été établi entre l'exclusion de toutes les autres langues que le français de l'affichage au Québec et la communication de la réalité de la société québécoise à travers son «visage linguistique».

ii. *Minimal Impairment*

We turn now to the requirement that "the means, even if rationally connected to the objective . . . should impair 'as little as possible' the right or freedom in question": *Oakes*, *supra*, at p. 139. We would note that in this context, the standard of proof is the civil standard, that is, proof on the balance of probabilities. Furthermore, as Dickson C.J. observed in *Oakes, supra*, at p. 137:

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.

ii. *L'atteinte minimale au droit ou à la liberté*

Abordons maintenant l'autre exigence selon laquelle, 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»: *Oakes*, précité, p. 139. Nous tenons à souligner qu'à cet égard la norme de preuve est celle qui s'applique en matière civile, c.-à-d. la preuve selon la prépondérance des probabilités. En outre, comme l'a souligné le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 137:

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. 495:

> [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.

1989 CanLII 87 (SCC)

This observation is particularly relevant to the "minimal impairment" branch of the *Oakes* proportionality test. The party seeking to uphold the limit must demonstrate on a balance of probabilities that the means chosen impair the freedom or right in question as little as possible. What will be "as little as possible" will of course vary depending on the government objective and on the means available to achieve it. As the Chief Justice wrote in *Oakes, supra*, at p. 139:

> 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.

Thus, in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. Vulnerable groups will claim the need for protection by the government whereas other groups and individuals will assert that the government should not intrude. In *Edwards Books and Art Ltd., supra*, Dickson C.J. expressed an important concern about the situation of vulnerable groups (at p. 779):

> In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. For example, when "regulating industry or business it

Cette remarque est particulièrement pertinente relativement au volet de «l'atteinte minimale» du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. C'est à la partie qui cherche à maintenir la restriction qu'il incombe de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les moyens choisis portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Ce qui est «le moins possible» va bien sûr varier selon l'objectif du gouvernement et les moyens dont il dispose pour l'atteindre. Comme le Juge en chef l'a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, p. 139:

> 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.

Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. Les groupes vulnérables vont revendiquer la protection du gouvernement alors que les autres groupes et individus affirmeront que le gouvernement ne doit pas intervenir. Dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson a exprimé une préoccupation importante en ce qui concerne la situation des groupes vulnérables (à la p. 779):

> Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par

1989 CanLII 87 (SCC)

is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy" (*Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 772).

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramountcy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions: see *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245, at p. 276. The same degree of certainty may not be achievable in cases involving the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce government resources.

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective.

The strongest evidence for the proposition that this ban impairs freedom of expression as little as possible comes from the FTC Report. Because the

exemple «en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire» (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions: voir *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245, à la p. 276. Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans des cas exigeant la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées.

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

La meilleure preuve à l'appui de l'affirmation que cette interdiction porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression provient du rap-

1989CanLII 7 (SCC)

Report found that children are not equipped to identify the persuasive intent of advertising, content regulation could not address the problem. The Report concluded that the only effective means for dealing with advertising directed at children would be a ban on all such advertising because "[a]n informational remedy would not eliminate nor overcome the cognitive limitations that prevent young children from understanding advertising" (p. 36). However, the Report also concluded that such a ban could not be implemented either on the basis of audience composition data or on the basis of a definition of "advertising directed at children". It thus counselled against a ban (at p. 2):

> [T]he record establishes that the only effective remedy would be a ban on all advertisements oriented toward young children, and such a ban, as a practical matter, cannot be implemented.

The Report gave two reasons why a ban could not be implemented on the basis of audience composition data. First, according to the Report, viewing audiences were not so sufficiently segmented that one could implement a total ban on advertising during time periods when, on the basis of television ratings, programming is directed at young children. Only one network program was identified as attracting a viewing audience composed, over 30 per cent, by young children. Second, if the percentage were relaxed to, say, 20 per cent, a total ban on advertising would catch too many non-children and would still fail to catch all programs frequently watched by young children (at pp. 39-41):

> The data indicate that if either a 50% or a 30% audience cutoff figure is used (*i.e.* when young children constitute 50% or 30% of the actual viewing audience), advertising on only one network program (Captain Kangaroo) would be affected. Advertising on more programs would be included in a ban only if the cutoff figure were lowered to 20%. However, the staff believes that utilizing a 20% cutoff figure would not be advisable because the use of such a low cutoff figure would affect the viewing of the 80% of the audience who are not young

port de la FTC. Parce qu'on a conclu dans le rapport que les enfants n'ont pas la capacité de discerner le but persuasif du message publicitaire, une réglementation du contenu ne pouvait régler le problème. Selon les conclusions du rapport, le seul moyen efficace de traiter de la publicité destinée aux enfants était de l'interdire tout à fait car [TRADUCTION] «[u]n correctif informationnel n'éliminerait ni ne surmonterait les limites cognitives qui empêchent les jeunes enfants de comprendre ce que sont les messages publicitaires» (p. 36). Cependant, on conclut également dans le rapport qu'une telle interdiction ne pourrait être mise en œuvre ni à partir des données sur la composition de l'auditoire ni à partir d'une définition de la «publicité destinée aux enfants». En conséquence, le rapport ne recommandait pas l'interdiction (à la p. 2):

> [TRADUCTION] [L]es documents ont révélé que le seul correctif efficace serait d'interdire toute publicité destinée aux jeunes enfants et cette interdiction ne peut, à toutes fins pratiques, être mise en œuvre.

Le rapport fait état de deux raisons pour lesquelles une interdiction ne pourrait être mise en œuvre à partir de données sur la composition de l'auditoire. Premièrement, selon le rapport, les catégories de téléspectateurs ne sont pas assez compartimentées pour que l'on puisse interdire totalement la publicité pendant des périodes d'écoute au cours desquelles, d'après les cotes d'écoute, les émissions sont destinées aux jeunes enfants. On a identifié une seule émission du réseau qui attirait un auditoire composé de plus de 30 p. 100 de jeunes enfants. Deuxièmement, si le pourcentage était ramené à 20 p. 100 par exemple, une interdiction absolue viserait trop de téléspectateurs autres que des enfants et n'atteindrait toujours pas toutes les émissions que les enfants regardent fréquemment (aux pp. 39 à 41):

> [TRADUCTION] Les données indiquent que si une tranche de 50 p. 100 ou de 30 p. 100 de l'auditoire était utilisée (c.-à-d. lorsque les jeunes enfants représentent 50 p. 100 ou 30 p. 100 des téléspectateurs réels), la publicité présentée au cours d'une seule émission du réseau (Captain Kangaroo) serait touchée. Ce n'est que si la tranche était réduite à 20 p. 100 qu'un plus grand nombre d'émissions seraient touchées par l'interdiction. Le personnel de la Commission ne recommande pas l'utilisation d'une tranche réduite à 20 p. 100 parce que

1989 CanLII 87 (SCC)

children and who do not have their cognitive limitations . . . .

Staff believes that implementing a ban utilizing a 20% figure would not be advisable because the ban's scope would still be underinclusive from the standpoint of advertising affected and the proportion of the child's total television viewing affected . . . Further analysis of viewing data for young children (two to five) indicates more specifically that if a 20% cutoff figure were used, advertising on only 24 network programs would be affected, 22 of which are shown on Saturday or Sunday mornings. The use of a 20% figure would not include advertising on child-oriented programs shown during other time periods. Only 13% of a young child's weekly viewing of television occurs on weekend mornings.

Because the FTC Report focussed on the effect of advertising aimed at young children (2-6) and proceeded on the basis that advertising directed at older children (7-13) did not pose a problem, it concluded, reasonably enough, that no definition could distinguish adequately between advertising directed at young children and advertising directed at older children (at pp. 44-45):

[The preliminary] Staff Report suggested a definition of "advertising directed to children" based on program design. A remedy based on this definition would ban advertising "in or adjacent to programs that have been designated as children's programs using some *a priori* judgments." The major and inherent drawback to this definition is that it does not distinguish between programs designed for younger children and those designed for older children . . . .

The lack of specificity in categorizing children's programs as being primarily for two-six year olds appears to coincide with the industry's practice of not directing advertisements solely to young children. For instance, CBS stated: "while certain advertisers who use television may wish to address young viewers, they rarely, if ever, limit their appeal to the young children alone."

Sections 248 and 249 preserve the rationale for a ban contained in the FTC Report at the same time as overcoming the practical limitations sug-

cela toucherait 80 p. 100 de téléspectateurs qui ne sont pas de jeunes enfants et n'ont pas leurs limites cognitives . . .

Le personnel ne recommande pas la mise en œuvre d'une interdiction fondée sur le chiffre de 20 p. 100 parce que l'étendue de l'interdiction serait encore insuffisante du point de vue de la publicité visée et de la proportion de la période d'écoute totale des enfants [. . .] Une analyse plus poussée des périodes d'écoute chez les jeunes enfants (deux à cinq ans) indique plus précisément que, si une tranche de 20 p. 100 était utilisée, seule la publicité de 24 émissions présentées sur le réseau serait touchée et que 22 de ces émissions sont présentées le samedi ou le dimanche matin. L'utilisation d'une tranche de 20 p. 100 ne viserait pas les émissions destinées aux enfants présentées au cours d'autres périodes d'écoute. Les matins de la fin de semaine représente seulement 13 p. 100 de la période d'écoute hebdomadaire d'un jeune enfant.

Parce que le rapport portait surtout sur l'effet de la publicité destinée aux jeunes enfants (2 à 6 ans) et tenait pour acquis que celle destinée aux plus âgés (7 à 13 ans) ne soulevait aucune difficulté, la FTC a conclu assez raisonnablement qu'aucune définition ne permettait de faire une distinction adéquate entre la publicité destinée aux jeunes enfants et celle destinée aux enfants plus âgés (aux pp. 44 et 45):

[TRADUCTION] Le personnel a proposé dans le rapport [provisoire] une définition de «publicité destinée aux enfants» fondée sur la planification des émissions. Si un correctif était apporté selon cette définition, la publicité serait interdite «au cours ou aux alentours d'émissions qui sont qualifiées d'émissions pour enfants à partir de jugements préconçus». Le défaut majeur et inhérent de cette définition est qu'elle n'établit pas de distinctions entre les émissions destinées aux plus jeunes enfants et celles destinées aux plus âgés . . .

L'absence de précision dans la classification des émissions pour les enfants de deux à six ans, paraît coïncider avec la pratique commerciale de ne pas adresser les messages publicitaires uniquement aux jeunes enfants. Par exemple, CBS a déclaré: «bien que certains annonceurs qui utilisent la télévision puissent vouloir s'adresser aux jeunes auditeurs, il arrive rarement, sinon jamais, qu'ils adressent exclusivement leurs messages aux jeunes enfants.»

Les articles 248 et 249 conservent le raisonnement qui selon le rapport de la FTC justifierait l'interdiction tout en apportant une solution aux

gested therein. The sections contemplate a larger age group than that envisaged by the FTC Report, and always allow advertising aimed at adults, thereby avoiding the difficulties identified in the Report both with a ban based on audience composition and with a ban based on the definition of "advertising directed to children". The *Application Guide for Sections 248 and 249* helps to illustrate this. It specifies a number of time periods during the day when, based on Bureau of Broadcast Measurement (BBM) statistics, over 15 per cent of the audience is made up of children aged 2 to 11. It was possible to arrive at these time periods despite the FTC's arguments precisely because a larger target group was specified. Furthermore, using this larger target group, it was possible for the Office de la protection du consommateur to identify products and advertising methods aimed at children. In this way, the 15 per cent cut-off does not serve to justify a ban on all advertising (as the 20 per cent cut-off discussed by the FTC was designed to do). By specifying categories of (1) products, (2) advertisements and (3) audience, the Guide allows for a sophisticated appraisal of when an advertisement is aimed at children. These three categories are drawn directly from s. 249 and their elaboration by the Office is an attempt to perform the same balancing test required of the courts. Three categories of products are specified: (1) those aimed exclusively at children (toys, and certain candies and foods); (2) those having a large attraction for children (certain cereals, desserts and games); and (3) those aimed at adults. Four categories of advertisements are specified: (1) those not likely to interest children; (2) those not designed to interest children; (3) those directed only partly to children; and (4) those aimed mainly at children. Three categories of audience are specified: (1) children compose over 15 per cent; (2) children compose between 5 per cent and 15 per cent; and (3) children compose less than 5 per cent. On this basis, the Guide sets forth a table according to which different kinds of advertisements for the various product categories will be permitted depending upon audience composition. There is a system of pre-clearance run by a committee of the Office which helps advertisers to

limites pratiques qui y sont mentionnées. Les articles visent un groupe d'âge plus large que celui envisagé dans le rapport de la FTC et autorisent toujours les messages publicitaires destinés aux adultes, évitant ainsi les difficultés que le rapport associe à une interdiction fondée sur la composition de l'auditoire et à une interdiction fondée sur la définition de l'expression «publicité destinée aux enfants». Le *Guide d'application des articles 248 et 249* illustre bien ce point. Il identifie un certain nombre de périodes d'écoute pendant la journée au cours desquelles plus de 15 p. 100 de l'auditoire, selon les statistiques du Bureau of Broadcast Measurement (BBM), sont des enfants de 2 à 11 ans. Il a été possible d'identifier ces périodes d'écoute malgré les arguments de la FTC, justement parce qu'on a utilisé un groupe cible plus large. En outre, à partir de ce groupe cible plus large, l'Office de la protection du consommateur a pu identifier les produits et méthodes publicitaires destinés aux enfants. De cette façon, la tranche de 15 p. 100 ne sert pas à justifier l'interdiction de toute publicité (comme était censée le faire la tranche de 20 p. 100 examinée par la FTC). En identifiant les catégories (1) de produits, (2) de messages publicitaires et (3) d'auditeurs, le Guide prévoit une évaluation très élaborée pour déterminer quand un message publicitaire est destiné aux enfants. Ces trois catégories proviennent directement de l'art. 249 et l'Office les a conçues dans le but d'appliquer le même critère que les tribunaux utilisent lorsqu'ils soupèsent différents facteurs. Trois catégories de produits sont identifiées: (1) les produits exclusivement destinés aux enfants (les jouets, certaines friandises et certains aliments); (2) les produits qui présentent un attrait marqué pour les enfants (certains jeux, certaines céréales et certains desserts); et (3) les produits destinés aux adultes. Quatre catégories de messages publicitaires sont identifiées: (1) les messages qui ne sont pas susceptibles d'intéresser les enfants; (2) les messages qui ne sont pas conçus pour intéresser les enfants; (3) les messages partiellement destinés aux enfants; et (4) les messages principalement destinés aux enfants. Trois catégories d'auditoires sont identifiées: (1) l'auditoire qui comprend plus de 15 p. 100 d'enfants; (2) l'auditoire qui com-

1989 CanLII 87 (SCC)

determine whether any given commercial is subject to the ban.

While ss. 248 and 249 do not incorporate all the details included in the Guide, they do put into place the framework for a practicable ban on advertising directed at children. The courts, rather than the Office de la protection du consommateur, are left with the final word as to whether, for example, the strictest limit on advertising should apply where children compose over 15 per cent of the audience rather than, for example, 20 per cent. But if a ban is the only effective means to achieve the legislative objective, and if such a ban can only be implemented using a flexible balancing test, the legislature cannot be faulted for leaving that balancing to the courts. Indeed, this should help to ensure that minimal impairment of free expression is a constant factor in the application of the law.

Of course, despite the FTC Report's conclusions to the contrary, the respondent argued that a ban was not the only effective means for dealing with the problem posed by children's advertising. In particular, it pointed to the self-regulation mechanism provided by the *Broadcast Code for Advertising to Children* as an obvious alternative and emphasized that Quebec was unique among industrialized countries in banning advertising aimed at children (see Boddewyn, op. cit.) The latter assertion must be qualified in two respects. First, as of 1984, Belgium, Denmark, Norway and Sweden did not allow any commercials on television and radio. Second, throughout Canada, as in Italy, the public network does not accept children's commercials (except, in the case of the CBC, during "family programs"). Consequently, Quebec's ban on advertising aimed at children is not out of proportion

prend entre 5 p. 100 et 15 p. 100 d'enfants; et (3) l'auditoire qui comprend moins de 5 p. 100 d'enfants. À partir de cela, le Guide a établi une grille qui indique les différents types de messages publicitaires associés aux diverses catégories de produits qui seront permis selon la composition de l'auditoire. Un comité de l'Office responsable d'un système d'approbation préalable aide les annonceurs à déterminer si un message publicitaire donné risque d'être interdit.

Bien que les art. 248 et 249 ne reprennent pas tous les éléments contenus dans le Guide, ils fournissent le cadre qui permet effectivement d'interdire les messages publicitaires destinés aux enfants. En dernier ressort, il appartient aux tribunaux et non à l'Office de la protection du consommateur de décider si, par exemple, la restriction la plus sévère à la publicité devrait s'appliquer lorsque l'auditoire comprend plus de 15 p. 100 d'enfants plutôt que par exemple 20 p. 100. Mais si l'interdiction est le seul moyen efficace d'atteindre l'objectif du législateur, et si une telle interdiction ne peut être appliquée que grâce à un critère souple qui permet de soupeser les différents facteurs, on ne peut reprocher au législateur de laisser cette tâche aux tribunaux. Cela pourrait d'ailleurs permettre d'assurer que l'atteinte minimale à la liberté d'expression est un facteur constant dans l'application de la loi.

Évidemment, malgré les conclusions contraires du rapport de la FTC, l'intimée a soutenu que l'interdiction de la publicité n'était pas le seul moyen efficace de régler le problème de la publicité destinée aux enfants. Elle a fait valoir en particulier le mécanisme d'autodiscipline prévu dans le *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants* comme un autre moyen évident et a insisté sur le fait que le Québec était seul parmi les pays industrialisés à interdire la publicité destinée aux enfants (voir Boddewyn, *op. cit.*) La dernière affirmation mérite d'être nuancée à deux égards. Premièrement, depuis 1984, la Belgique, le Danemark, la Norvège et la Suède interdisent la diffusion de messages publicitaires à la télévision et à la radio. Deuxièmement, partout au Canada, comme en Italie, le réseau public n'accepte pas les messages publicitaires destinés aux enfants (sauf, dans le

1989 CanLII 87 (SCC)

to measures taken in other jurisdictions. Nor is legislative action to protect vulnerable groups necessarily restricted to the least common denominator of actions taken elsewhere. Based on narrower objectives than those pursued by Quebec, some governments might reasonably conclude that self-regulation is an adequate mechanism for addressing the problem of children's advertising. But having identified advertising aimed at persons under thirteen as *per se* manipulative, the legislature of Quebec could conclude, just as reasonably, that the only effective statutory response was to ban such advertising.

In sum, the evidence sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. In *Ford*, there was no evidence of any kind introduced to show that the exclusion of all languages other than French was necessary to achieve the objective of protecting the French language and reflecting the reality of Quebec society. What evidence was introduced established, at most, that a marked preponderance for the French language in the "*visage linguistique*" was proportional to that objective. The Court was prepared to allow a margin of appreciation to the government despite the fact that less intrusive measures, such as requiring equal prominence for the French language, were available. But there still had to be an

cas de Radio-Canada, au cours des «émissions familiales»). Par conséquent, l'interdiction que le Québec impose à la publicité destinée aux enfants n'est pas disproportionnée en comparaison des mesures adoptées dans d'autres ressorts. De plus, les mesures législatives visant à protéger des groupes vulnérables ne se limitent pas nécessairement au plus petit commun dénominateur des mesures prises ailleurs. Selon des objectifs plus limités que ceux que recherche le Québec, il se peut que certains gouvernements concluent raisonnablement que l'autodiscipline est un moyen approprié de régler le problème de la publicité destinée aux enfants. Mais ayant conclu que la publicité destinée aux personnes de moins de 13 ans était en soi manipulatrice, le législateur québécois pouvait tout aussi raisonnablement conclure que la seule solution législative efficace était de l'interdire.

En résumé, la preuve montre le caractère raisonnable de la conclusion du législateur que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux enfants constituait l'atteinte minimale à la liberté d'expression qui répondait à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants contre la manipulation qu'exerce la publicité. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. Dans l'arrêt *Ford*, aucun élément de preuve n'avait été présenté pour démontrer que l'exclusion de toutes les langues autres que le français était nécessaire pour parvenir à l'objectif visé qui était de protéger la langue française et de refléter la réalité de la société québécoise. Les éléments de preuve présentés établissaient tout au plus qu'une nette prédominance de la langue française dans le «*visage linguistique*» serait proportionnelle à cet objectif. La Cour était prête à reconnaître au gouvernement une certaine

1989CanLII18 (SCC)

evidentiary basis for concluding that the means chosen were proportional to the ends and impaired freedom of expression as little as possible. In *Ford*, that evidentiary basis did not exist.

iii. *Deleterious Effects*

There is no suggestion here that the effects of the ban are so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. Advertisers are always free to direct their message at parents and other adults. They are also free to participate in educational advertising. The real concern animating the challenge to the legislation is that revenues are in some degree affected. This only implies that advertisers will have to develop new marketing strategies for children's products. Thus, there is no prospect that "because of the severity of the deleterious effects of [the] measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve" (*Oakes*, at p. 140). The final component of the proportionality test is easily satisfied. In *Ford*, by contrast, the Attorney General of Quebec underscored the importance of the "*visage linguistique*" for francophone identity and culture and yet the effect of the measure taken was to prohibit the public manifestation of the identity and culture of non-francophones.

c. Conclusion

Based on the s. 1 and s. 9.1 materials, we conclude that ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit upon freedom of expression and would accordingly uphold the legislation under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

latitude dans cette évaluation même s'il existait des mesures constituant une intrusion moindre, comme exiger que le français soit aussi en évidence que toute autre langue. Mais il fallait quand même fournir des éléments de preuve à l'appui de la conclusion que les moyens choisis étaient proportionnels aux fins poursuivies et qu'ils portaient le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Ford*, ces éléments de preuve étaient inexistants.

iii. *Les effets préjudiciables*

En l'espèce, on ne laisse pas entendre que les effets de l'interdiction sont tellement sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. Il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents et aux autres adultes. Ils sont également libres de participer à la publicité éducative. La véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants. Il n'y a donc aucun risque «qu'en raison de la gravité [des] effets préjudiciables [de la mesure] sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir» (*Oakes*, à la p. 140). Le dernier élément du critère de proportionnalité est respecté. Par opposition, dans l'arrêt *Ford*, le procureur général du Québec avait souligné l'importance du «*visage linguistique*» pour l'identité et la culture francophones et, pourtant, la mesure prise avait pour effet d'interdire la manifestation publique de l'identité et la culture des non-francophones.

c. Conclusion

À partir des documents relatifs à l'article premier et à l'art. 9.1, nous concluons que les art. 248 et 249 apportent une restriction raisonnable à la liberté d'expression et que la loi est donc valide en application de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

1989 CanLII 87 (SCC)

VIII—Whether ss. 248 and 249 Violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

One issue remains to be considered. The respondent alleges that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 7 of the *Charter*. The legislation contemplates a possible restriction to liberty which could occur, so the argument goes, in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. The respondent submits that s. 278 of the *Consumer Protection Act*, read together with ss. 248 and 249, provides for penal sanctions based on a prohibition which is impermissibly vague. The appellant takes no position on the question of whether the principles of fundamental justice give rise to "vagueness doctrine". Its submission is simply that the law is not vague—a submission which was accepted by Vallerand J.A., the only justice in the court below to deal with the question.

We have determined in the context of the s. 1 discussion that ss. 248 and 249 are not vague in terms of either confusion and contradiction or judicial discretion. Thus, there could only be a further challenge under s. 7 if a stricter vagueness test were applied to the penal sanction.

There is, however, an issue logically prior to that of vagueness, namely whether corporations can invoke s. 7 of the *Charter* in their aid. In order to properly understand the submissions of the respondent in this regard, we reproduce here the statutory scheme of penalties against contraventions of ss. 248 and 249.

278. Every person other than a corporation who is guilty of an offence constituting a prohibited practice or who infringes paragraph *b*, *c*, *d*, *e* or *f* of section 277 is liable

(*a*) for the first offence, to a fine of two hundred dollars to five thousand dollars;

(*b*) for a subsequent offence to the same provision of this act or a regulation committed within a period of two years, to a fine of four hundred dollars to ten thousand dollars, to imprisonment for not more than six months, or to both a fine and imprisonment.

VIII—Les articles 248 et 249 portent-ils atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il nous reste à examiner une question. L'intimée affirme que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Selon son argument, la loi pourrait apporter une restriction à la liberté qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale. L'intimée soutient que l'art. 278 de la *Loi sur la protection du consommateur*, en corrélation avec les art. 248 et 249, prévoit des sanctions pénales fondées sur une interdiction dont le manque de précision est inadmissible. L'appelant n'a pas pris position sur la question de savoir si les principes de justice fondamentale font jouer la «doctrine de l'imprécision». Son argument est simplement que la loi n'est pas imprécise, argument accepté par le juge Vallerand qui est le seul, en Cour d'appel, à en avoir traité.

Nous avons décidé dans le contexte de l'analyse en vertu de l'article premier que les art. 248 et 249 ne sont pas imprécis, quant aux allégations relatives à la confusion, à la contradiction ou au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Ainsi, il ne serait possible de les contester en vertu de l'art. 7 que si on appliquait à la sanction pénale un critère plus sévère du caractère imprécis.

Cependant une question doit logiquement précéder celle de l'imprécision, celle de savoir si les sociétés peuvent invoquer l'art. 7 de la *Charte*. Afin de bien comprendre les arguments de l'intimée à cet égard, nous reproduisons le régime des peines que la loi prévoit lorsqu'il y a violation des art. 248 et 249.

278. Une personne autre qu'une corporation qui est coupable d'une infraction constituant une pratique interdite ou qui enfreint les paragraphes *b*, *c*, *d*, *e* ou *f* de l'article 277 est passible:

a) pour une première infraction, d'une amende de $200 à $5 000;

b) pour une infraction subséquente à une même disposition de la présente loi ou d'un règlement commise dans un délai de deux ans, d'une amende de $400 à $10 000, d'un emprisonnement d'au plus six mois ou à la fois d'une amende et d'un emprisonnement.

1989 CanLII 87 (SCC)

A corporation guilty of an offence contemplated in the preceding paragraph is liable to a minimum fine five times greater and to a maximum fine ten times greater than those provided for in the preceding paragraph.

Section 215 establishes that ss. 248 and 249 constitute "prohibited practices" within the meaning of the above section:

215. Any practice contemplated in sections 219 to 251 constitutes a prohibited practice for the purposes of this title.

282. Where a corporation is guilty of an offence against this act or any regulation, every director or representative of such corporation who had knowledge of the said offence is deemed to be a party to the offence and is liable to the penalty provided for in section 278 or 279 for a person other than a corporation, unless he establishes to the satisfaction of the court that he did not acquiesce in the commission of such offence.

Imprisonment is clearly one of the penalties envisioned for contravention of, *inter alia*, ss. 248 and 249 of the Act. A corporation is not, for obvious reasons, subject to imprisonment. By virtue of s. 282 of the Act, directors of corporations are deemed to be parties to offences committed by the corporation and are therefore liable to the penalties listed above. It is, therefore, the directors and representatives of corporations who risk, pursuant to the Act, a restriction of liberty of the kind envisioned in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In the present case, proceedings are brought only against the company and not against any individuals. In the context of physical restriction to liberty, it would be left to officers of a company whose conduct was impugned pursuant to s. 282 of the Act to raise a s. 7 argument in terms of vagueness or imputation of corporate liability to individuals. This circumstance does not arise in the present case.

In order to put forward a s. 7 argument in a case of this kind where the officers of the corporation are not named as parties to the proceedings, the corporation would have to urge that its own life, liberty or security of the person was being deprived in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice. In our opinion, a corporation cannot avail itself of the protection offered by

Une corporation coupable d'une infraction visée à l'alinéa précédent est passible d'une amende minimale cinq fois plus élevée et d'une amende maximale dix fois plus élevée que celles qui sont prévues à l'alinéa précédent.

L'article 215 prévoit que les art. 248 et 249 constituent des «pratiques interdites» au sens de l'article précédent:

215. Constitue une pratique interdite aux fins du présent titre une pratique visée par les articles 219 à 251.

282. Lorsqu'une corporation commet une infraction à la présente loi ou à un règlement, un administrateur ou un représentant de cette corporation qui avait connaissance de l'infraction est réputé être partie à l'infraction et est passible de la peine prévue aux articles 278 ou 279 pour une personne autre qu'une corporation, à moins qu'il n'établisse à la satisfaction du tribunal qu'il n'a pas acquiescé à la commission de cette infraction.

La peine d'emprisonnement est clairement envisagée lorsqu'il y a violation, entre autres, des art. 248 et 249 de la Loi. Il va de soi qu'une société ne peut faire l'objet d'une peine d'emprisonnement. En vertu de l'art. 282 de la Loi, les administrateurs de sociétés sont réputés être parties aux infractions perpétrées par la société et sont donc passibles des peines énumérées ci-dessus. Ce sont donc les administrateurs et les représentants des sociétés qui risquent, selon la loi, de subir une restriction de liberté du genre de celle envisagée dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. En l'espèce, les poursuites concernent une compagnie et non des individus. Dans le contexte d'une restriction physique à la liberté, il appartiendrait aux dirigeants d'une société dont la conduite est contraire à l'art. 282 de la Loi de soulever en vertu de l'art. 7 des arguments fondés sur l'absence de précision ou sur l'attribution à des individus d'une responsabilité qui revient à la société. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Pour invoquer des arguments fondés sur l'art. 7 dans un cas comme celui-ci, où les dirigeants de la société ne sont pas identifiés comme des parties à l'instance, la société devrait faire valoir qu'on a porté atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. À notre avis, une société ne peut invoquer la protec-

SCC (SCC) 1989

s. 7 of the *Charter*. First, we would have to conceive of a manner in which a corporation could be deprived of its "life, liberty or security of the person". We have already noted that it is nonsensical to speak of a corporation being put in jail. To say that bankruptcy and winding up proceedings engage s. 7 would stretch the meaning of the right to life beyond recognition. The only remaining argument is that corporations are protected against deprivations of some sort of "economic liberty".

There are several reasons why we are of the view that this argument can not succeed. It is useful to reproduce s. 7, which reads as follows:

> **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.

What is immediately striking about this section is the inclusion of "security of the person" as opposed to "property". This stands in contrast to the classic liberal formulation, adopted, for example, in the Fifth and Fourteenth Amendments in the American Bill of Rights, which provide that no person shall be deprived "of life, liberty or property, without due process of law". The intentional exclusion of property from s. 7, and the substitution therefor of "security of the person" has, in our estimation, a dual effect. First, it leads to a general inference that economic rights as generally encompassed by the term "property" are not within the perimeters of the s. 7 guarantee. This is not to declare, however, that no right with an economic component can fall within "security of the person". Lower courts have found that the rubric of "economic rights" embraces a broad spectrum of interests, ranging from such rights, included in various international covenants, as rights to social security, equal pay for equal work, adequate food, clothing and shelter, to traditional property—contract rights. To exclude all of these at this early moment in the history of *Charter* interpretation seems to us to be precipitous. We do not, at this moment, choose to pronounce upon whether those economic rights fundamental to human life or survival are to be treated as though they are of the

tion qu'offre l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, nous aurions à établir de quelle manière une société peut être privée du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Nous avons déjà souligné que c'est un non-sens de dire d'une société qu'elle est condamnée à l'emprisonnement. Affirmer qu'une procédure de faillite et de liquidation fait intervenir l'art. 7, reviendrait à fausser complètement le sens du droit à la vie. Le seul autre argument est de prétendre que les sociétés sont protégées contre la privation d'une sorte de «liberté économique».

Plusieurs raisons nous amènent à rejeter cet argument. Il est utile de citer encore l'art. 7:

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ce qui frappe immédiatement dans cet article c'est l'inclusion de l'expression «la sécurité de sa personne» par opposition à «propriété». Cela contraste avec la formulation classique libérale qui, par exemple, a été adoptée dans les Cinquième et Quatorzième amendements de la Constitution américaine, qui prévoient que nul ne sera privé [TRADUCTION] «de la vie, de la liberté et de sa propriété sans l'application régulière de la loi». À notre avis, l'exclusion intentionnelle de la propriété de l'art. 7 et son remplacement par la «sécurité de sa personne» a un double effet. Premièrement, cela permet d'en déduire globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme «propriété», ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7. Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression «sécurité de sa personne». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des «droits économiques» couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales—tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats—que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en

1989 CanLII 87 (SCC)

same ilk as corporate-commercial economic rights. In so stating, we find the second effect of the inclusion of "security of the person" to be that a corporation's economic rights find no constitutional protection in that section.

That is, read as a whole, it appears to us that this section was intended to confer protection on a singularly human level. A plain, common sense reading of the phrase "Everyone has the right to life, liberty and security of the person" serves to underline the human element involved; only human beings can enjoy these rights. "Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings. In this regard, the case of *Big M Drug Mart*, *supra*, is of no application. There are no penal proceedings pending in the case at hand, so the principle articulated in *Big M Drug Mart* is not involved.

IX—Disposition and Answers to Constitutional Questions

For these reasons the appeal is allowed with costs and the constitutional questions are answered as follows:

1. Is s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, added by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, inconsistent with the provisions of s. 33 of the *Constitution Act, 1982* and so *ultra vires* and of no force or effect to the extent of the inconsistency pursuant to s. 52(1) of the latter Act?

Answer: No, except in so far as section 364 is given retrospective effect by section 7 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21. However, because s. 364 expired on June 23, 1987, there is

sommes au début de l'interprétation de la *Charte*. À ce moment-ci, nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si ces droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie, doivent être traités comme s'ils étaient de la même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. Ce faisant, nous concluons que l'inclusion de l'expression «sécurité de sa personne» à l'art. 7 a comme deuxième effet de n'accorder aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société.

En effet il nous semble que, pris globalement, cet article avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase «Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains. À cet égard, l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, ne trouve aucune application. Il n'y a aucune poursuite pénale en cours en l'espèce de sorte que le principe formulé dans l'arrêt *Big M Drug Mart* n'entre pas en jeu.

IX—Dispositif et réponses aux questions constitutionnelles

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli avec dépens et les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. L'article 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, ajouté par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et partant *ultra vires* ou inopérant dans la mesure de cette incompatibilité aux termes du par. 52(1) de cette dernière loi?

Réponse: Non, sauf dans la mesure où l'art. 7 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21, lui accorde un effet rétroactif. Cependant, puisque l'effet de l'art. 364 a pris fin le

1989 CanLII 87 (SCC)

no valid and subsisting override provision.

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 248 and 249 infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* but are justified under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. Section 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

3. Are ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* *ultra vires* the legislature of the province of Quebec, or are they to some degree of no force or effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11?

Answer: No.

The reasons of Beetz and McIntyre JJ. were delivered by

McINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by the majority. They have set out the facts and the statutory provisions and regulations which are under consideration here and I need not repeat them. They have also set out the constitutional questions that were settled by Beetz J. which frame the issues arising in this case.

I would agree with my colleagues in their answer to the first question, to the effect that because of the expiration of s. 364 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, there is no valid and subsisting override provision affecting the disposition of this case. I would agree as well with the answer to Question 3, to the effect that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the legislature of Quebec nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11. My point of disagreement with my colleagues arises from their answer to the second question. While I agree with them

23 juin 1987, il n'existe plus de disposition dérogatoire valide et en vigueur.

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Les articles 248 et 249 portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise mais sont justifiés en application de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'intimée ne peut invoquer l'art. 7 de la *Charte* canadienne.

3. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de Québec ou sont-ils dans quelque mesure inopérants par application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11?

Réponse: Non.

Version française des motifs des juges Beetz et McIntyre rendus par

LE JUGE McINTYRE (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de la majorité dans ce pourvoi. Ils énoncent les faits ainsi que les dispositions législatives et réglementaires en cause. Je n'ai donc pas besoin d'y revenir. Ils énoncent également les questions constitutionnelles formulées par le juge Beetz quant aux points litigieux dans cette affaire.

Je souscris à la réponse donnée par mes collègues à la première question: puisque l'effet de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, a pris fin, il n'existe plus de disposition dérogatoire valide et en vigueur qui puisse influencer l'issue de ce pourvoi. Je souscris aussi à la réponse donnée à la troisième question: les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec et ces dispositions ne sont pas privées de leur effet par l'application de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11. Mon point de désaccord avec

1989 CanLII 87 (SCC)

that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, I do not agree that they may be justified under s. 1 of the Canadian *Charter* or s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

I would not wish in these reasons to attempt to set out the limits of the application of s. 2(*b*) of the *Charter* and to define in general terms the extent of the protected activity under s. 2(*b*). I would content myself by observing that this Court in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, has held that commercial expression has the protection of s. 2(*b*). At pages 766-67, it was said:

> Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. It is worth noting that the courts below applied a similar generous and broad interpretation to include commercial expression within the protection of freedom of expression contained in s. 3 of the Quebec *Charter*. Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy. The Court accordingly rejects the view that commercial expression serves no individual or societal value in a free and democratic society and for this reason is undeserving of any constitutional protection.

It is evident then that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* restrict forms of expression which fall within the protection of s. 2(*b*). Since I agree that the two sections in their prohibition of advertising aimed at children infringe the s. 2(*b*) right, the only question in issue is whether the sections can be justified as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*.

mes collègues tient à leur réponse à la deuxième question. Si je conclus, comme eux, que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* enfreignent l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12, je ne suis pas d'accord pour dire qu'ils peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ou de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

Je préfère ne pas tenter, dans les présents motifs, de définir les limites de l'application de l'al. 2*b*) de la *Charte* et de délimiter, en termes généraux, le champ des activités protégées par cet alinéa. Je me contenterai de faire observer que cette Cour, dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, a décidé que l'expression commerciale était protégée par l'al. 2*b*). Voici ce que la Cour a dit, aux pp. 766 et 767:

> Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Notons que les tribunaux d'instance inférieure ont eu recours au même genre d'interprétation large et généreuse pour faire bénéficier l'expression commerciale de la protection accordée à la liberté d'expression de l'art. 3 de la *Charte* québécoise. Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. La Cour rejette donc l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle.

Il est donc évident que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* restreignent des formes d'expression qui bénéficient de la protection de l'al. 2*b*). Puisque je suis d'accord que les deux articles, qui interdisent la publicité destinée aux enfants, enfreignent un droit protégé par l'al. 2*b*), la seule question à trancher est de savoir si les articles peuvent être justifiés comme limites raisonnables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

SCC 1989 CanLII

The Importance of Freedom of Expression

Freedom of expression under s. 2(*b*) is guaranteed as a fundamental freedom. Its importance and its value are surely beyond question. My colleagues have recognized this and referred to various authorities which recognize the importance of the principle. They have referred to the words of Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327, which describe the concept as "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" and, as well, to those of Rand J. in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, that it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence". They referred to other authorities on the subject. I would observe, as well, that freedom of expression has long been recognized in Canada as a principle of fundamental importance and even before the adoption of the *Charter*, the courts of this country had elevated the principle to virtual constitutional status (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 584-86).

Section 1

It is settled that to override a constitutional guarantee a government supporting a limitation imposed by law must show a purpose or objective of pressing and substantial importance. Certainly, the promotion of the welfare of children is an objective of pressing and substantial concern for any government.

Can it be said that the welfare of children is at risk because of advertising directed at them? I am not satisfied that any case has been shown that it is. There was evidence that small children are incapable of distinguishing fact from fiction in advertising. This is hardly surprising: many adults have the same problem. Children, however, do not remain children. They grow up and, while advertising directed at children may well be a source of irritation to parents, no case has been shown here that children suffer harm. Children live in a world of fiction, imagination and make believe. Children's literature is based upon these concepts. As they mature, they make adjustments and can be

L'importance de la liberté d'expression

La liberté d'expression est une liberté fondamentale garantie par l'al. 2*b*). Son importance et sa valeur ne peuvent certainement pas être mises en doute. Mes collègues l'admettent et citent divers textes qui reconnaissent l'importance du principe. Ils citent le juge Cardozo, dans *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327, qui décrit la liberté d'expression comme [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté», ainsi que le juge Rand, dans *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, qui l'estime [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu». Ils citent d'autres textes sur ce point. Je ferai observer aussi que la liberté d'expression est reconnue depuis longtemps au Canada comme un principe d'importance fondamentale et même que, bien avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont élevé ce principe à un statut virtuellement constitutionnel (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 584 à 586).

L'article premier

Il est bien établi que, pour déroger à une garantie constitutionnelle, le gouvernement qui préconise une limite imposée par une règle de droit doit démontrer l'existence d'un but ou d'un objectif répondant à une préoccupation réelle et urgente. Il est certain que promouvoir le bien-être des enfants est un objectif qui répond à une préoccupation urgente et réelle pour tout gouvernement.

Mais peut-on dire que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être? Je ne suis pas convaincu que cela a été démontré. Certaines preuves soumises indiquent que les jeunes enfants sont incapables de faire une distinction entre la réalité et la fiction dans la publicité. Ce n'est pas surprenant: bien des adultes ont le même problème. Toutefois, les enfants ne restent pas des enfants. Ils grandissent et, s'il est sans doute vrai que la publicité destinée aux enfants est une source d'irritation pour les parents, il n'a nullement été démontré qu'elle fait du tort aux enfants. Les enfants vivent dans le monde de la fiction, de l'imaginaire et du semblant. La littéra-

1989 CanLII 87 (SCC)

expected to pass beyond the range of any ill which might be caused by advertising. In my view, no case has been made that children are at risk. Furthermore, even if I could reach another conclusion, I would be of the view that the restriction fails on the issue of proportionality. A total prohibition of advertising aimed at children below an arbitrarily fixed age makes no attempt at the achievement of proportionality.

In conclusion, I would say that freedom of expression is too important to be lightly cast aside or limited. It is ironic that most attempts to limit freedom of expression and hence freedom of knowledge and information are justified on the basis that the limitation is for the benefit of those whose rights will be limited. It was this proposition that motivated the early church in restricting access to information, even to prohibiting the promulgation and reading of the scriptures in a language understood by the people. The argument that freedom of expression was dangerous was used to oppose and restrict public education in earlier times. The education of women was greatly retarded on the basis that wider knowledge would only make them dissatisfied with their role in society. I do not suggest that the limitations imposed by ss. 248 and 249 are so earth shaking or that if sustained they will cause irremediable damage. I do say, however, that these limitations represent a small abandonment of a principle of vital importance in a free and democratic society and, therefore, even if it could be shown that some child or children have been adversely affected by advertising of the kind prohibited, I would still be of the opinion that the restriction should not be sustained. Our concern should be to recognize that in this century we have seen whole societies utterly corrupted by the suppression of free expression. We should not lightly take a step in that direction, even a small one.

ture enfantine se fonde sur ces concepts. Lorsqu'ils mûrissent, les enfants évoluent et on peut s'attendre à ce qu'ils se mettent hors de la portée de tout mal qui pourrait résulter de la publicité. À mon avis, il n'a aucunement été prouvé qu'il y a danger pour les enfants. De plus, même si je pouvais parvenir à une autre conclusion, je serais d'avis par ailleurs que la restriction doit échouer sur la question de la proportionnalité. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

En conclusion, je dirai que la liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. Il est ironique de constater que la plupart des restrictions à la liberté d'expression, et donc au droit à la connaissance et à l'information, sont justifiées par l'argument que cette restriction est pour le bien de ceux dont les droits seront limités. C'est ce postulat qui a amené l'église primitive à restreindre l'accès à l'information et même à interdire la diffusion et la lecture des Écritures dans une langue comprise par le peuple. L'argument selon lequel la liberté d'expression était dangereuse a été utilisé pour faire opposition à l'instruction publique à ses débuts ou pour la limiter. L'instruction pour les femmes a subi un grand retard parce qu'on disait que de plus larges connaissances ne feraient que les rendre insatisfaites de leur rôle dans la société. Je ne dis pas que les limites imposées par les art. 248 et 249 sont d'une importance colossale ni que leur maintien causerait un dommage irréparable. Je dis cependant que ces limites représentent une brèche dans un principe d'importance vitale pour une société libre et démocratique et que, pour cette raison, même s'il pouvait être démontré que la publicité du type de celle qui est interdite a été préjudiciable à un ou plusieurs enfants, je serais quand même d'avis de ne pas maintenir cette restriction. Notre préoccupation devrait être de reconnaître qu'au cours de ce siècle, nous avons été les témoins de la corruption profonde de sociétés tout entières par la suppression de la libre expression. Nous ne devrions pas à la légère faire un pas, même petit, dans cette direction.

1989 CanLII 87 (SCC)

It must be recognized that freedom of expression despite its singular importance is, like all rights, subject to limitations. It is not absolute. We have all heard the familiar statement that nobody has a right to shout "fire" in a crowded theatre. It illustrates the extreme and obvious case, but there will, of course, be other cases where limitations on the right may well be necessary and therefore justifiable. This, however, in my view, is not such a case. Freedom of expression, whether political, religious, artistic or commercial, should not be suppressed except in cases where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for the time necessary for the protection of the community.

In my view, no justification can be found under s. 1 of the *Charter* for these sections, and I would dismiss the appeal and answer constitutional Question No. 2 as follows:

2. If question 1 is answered in the affirmative, do ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe the rights, freedoms and guarantees contained in ss. 2(*b*) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, can those sections be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 2(*b*) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* and are not justified under s. 1 of the of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. In agreement with the majority, s. 7 of the Canadian *Charter* cannot be invoked by the respondent.

Appeal allowed with costs, BEETZ *and* MCINTYRE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Jean-K. Samson and Yves de Montigny, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Montréal; Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.

Il faut admettre que la liberté d'expression, malgré son importance particulière, est, comme tous les droits, sujette à restrictions. Elle n'est pas absolue. On a souvent dit que personne n'a le droit de crier «au feu» dans une salle de spectacles remplie de spectateurs. Cela illustre un cas extrême et parfaitement clair, mais il y aura, bien sûr, d'autres situations dans lesquelles il sera nécessaire, et donc justifié, de restreindre ce droit. Mais tel n'est pas, à mon avis, le cas en l'espèce. La liberté d'expression, qu'elle soit politique, religieuse, artistique ou commerciale, ne devrait être supprimée que dans des cas où existent des motifs urgents et impératifs de le faire, et seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité.

À mon avis, on ne peut trouver de justification à ces articles en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je rejetterais donc le pourvoi et répondrais à la deuxième question constitutionnelle de la manière suivante:

2. Si la question 1 reçoit une réponse affirmative, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent-ils atteinte aux droits, libertés et garanties prévus à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et si oui, ces articles sont-ils justifiés compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* violent l'al. 2*b*) de la *Charte* canadienne et l'art. 3 de la *Charte* québécoise et ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ni de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. En accord avec la majorité, je conclus que l'art. 7 de la *Charte* canadienne ne peut être invoqué par l'intimée.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BEETZ *et* MCINTYRE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Jean-K. Samson et Yves de Montigny, Ste-Foy.

Procureurs de l'intimée: Heenan, Blaikie, Montréal; Robert, Dansereau, Barré, Marchessault & Lauzon, Montréal.

1989 CanLII 87 (SCC)

Solicitors for the intervener Gilles Moreau: Valois & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitors for the interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants: Legros & Lajoie, Anjou.

Procureurs de l'intervenant Gilles Moreau: Valois & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureurs des intervenants Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc.: Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants: Legros & Lajoie, Anjou.

1989 CanLII 87 (SCC)

5

1999 CanLII 699 (SCC)

Mavis Baker *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

The Canadian Council of Churches, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, the Canadian Council for Refugees, and the Charter Committee on Poverty Issues *Interveners*

INDEXED AS: BAKER *v.* CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

File No.: 25823.

1998: November 4; 1999: July 9.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Children's interests — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Application denied without hearing or formal reasons — Whether procedural fairness violated — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1), 114(2) — Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44, s. 2.1 — Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3, 9, 12.

Administrative law — Procedural fairness — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Whether participatory rights accorded consistent with duty of procedural fairness — Whether failure to provide reasons violated principles of procedural fairness — Whether reasonable apprehension of bias.

Mavis Baker *Appelante*

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Le Conseil canadien des églises, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada, le Conseil canadien pour les réfugiés et le Comité de la Charte et des questions de pauvreté *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BAKER *c.* CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 25823.

1998: 4 novembre; 1999: 9 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Intérêts des enfants — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Demande rejetée sans audience ni motifs écrits — Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(1), 114(2) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44, art. 2.1 — Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3, art. 3, 9, 12.

Droit administratif – Équité procédurale — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale? — Le défaut d'exposer les motifs de décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale? — Y a-t-il une crainte raisonnable de partialité?

Courts — Appellate review — Judge on judicial review certifying question for consideration of Court of Appeal — Legal effect of certified question — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1).

Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Standard of review of humanitarian and compassionate decision — Best interests of claimant's children — Approach to be taken in reviewing humanitarian and compassionate decision where children affected.

Administrative law — Review of discretion — Approach to review of discretionary decision making.

The appellant, a woman with Canadian-born dependent children, was ordered deported. She then applied for an exemption, based on humanitarian and compassionate considerations under s. 114(2) of the *Immigration Act*, from the requirement that an application for permanent residence be made from outside Canada. This application was supported by letters indicating concern about the availability of medical treatment in her country of origin and the effect of her possible departure on her Canadian-born children. A senior immigration officer replied by letter stating that there were insufficient humanitarian and compassionate reasons to warrant processing the application in Canada. This letter contained no reasons for the decision. Counsel for the appellant, however, requested and was provided with the notes made by the investigating immigration officer and used by the senior officer in making his decision. The Federal Court — Trial Division, dismissed an application for judicial review but certified the following question pursuant to s. 83(1) of the Act: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?" The Court of Appeal limited its consideration to the question and found that the best interests of the children did not need to be given primacy in assessing such an application. The order that the appellant be removed from Canada, which was made after the immigration officer's decision, was stayed pending the result of this appeal.

Tribunaux — Contrôle en appel — Certification, par le juge siégeant en contrôle judiciaire, d'une question à soumettre à la Cour d'appel — Effet juridique d'une question certifiée — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1).

Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Norme de contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur des enfants de la demanderesse — Approche du contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire touchant des enfants.

Droit administratif — Contrôle du pouvoir discrétionnaire — Approche du contrôle de décisions discrétionnaires.

Une mesure d'expulsion a été prise contre l'appelante, mère d'enfants à charge nés au Canada. Elle a alors demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Sa demande était appuyée de lettres exprimant des inquiétudes quant à la possibilité d'obtenir un traitement médical dans son pays d'origine et quant à l'effet de son départ éventuel sur ses enfants nés au Canada. Un agent d'immigration supérieur a répondu par lettre qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter sa demande au Canada. Cette lettre ne donnait pas les motifs de la décision. L'avocat de l'appelante a cependant demandé et reçu les notes de l'agent investigateur, que l'agent supérieur d'immigration avait utilisées pour rendre sa décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire mais a certifié la question suivante en application du par. 83(1) de la Loi: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?» La Cour d'appel a limité son examen à cette question et a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'accorder la primauté à l'intérêt supérieur des enfants dans l'appréciation d'une telle demande. Un sursis à la mesure d'expulsion de l'appelante prononcée après la décision de l'agent d'immigration, a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

1999 CanLII 699 (SCC)

Held: The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: Section 83(1) of the *Immigration Act* does not require the Court of Appeal to address only the certified question. Once a question has been certified, the Court of Appeal may consider all aspects of the appeal lying within its jurisdiction.

The duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected. The purpose of the participatory rights contained within it is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional and social context, with an opportunity for those affected to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker. Several factors are relevant to determining the content of the duty of fairness: (1) the nature of the decision being made and process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; (5) the choices of procedure made by the agency itself. This list is not exhaustive.

A duty of procedural fairness applies to humanitarian and compassionate decisions. In this case, there was no legitimate expectation affecting the content of the duty of procedural fairness. Taking into account the other factors, although some suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model. The duty of fairness owed in these circumstances is more than minimal, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered. Nevertheless, taking all the factors into account, the lack of an oral hearing or notice of such a hearing did not constitute a violation of the requirement of procedural fairness. The opportunity to produce full and complete written documentation was sufficient.

It is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, including when the decision has important significance for the individual, or when there is a statutory right of appeal, the duty of procedural fairness will require a written explanation for a decision. Reasons are

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie: Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* n'exige pas que la Cour d'appel traite seulement la question certifiée. Lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence.

L'obligation d'équité procédurale est souple et variable et repose sur une appréciation du contexte de la loi et des droits visés. Les droits de participation qui en font partie visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur. Plusieurs facteurs sont pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale: (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; (5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive.

L'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. En l'espèce, il n'y avait pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité procédurale. Compte tenu des autres facteurs, bien que certains indiquent des exigences plus strictes en vertu de l'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes et plus éloignées du modèle judiciaire. L'obligation d'équité dans ces circonstances est plus que minimale, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable. Néanmoins, compte tenu de tous ces facteurs, le fait qu'il n'y ait pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas un manquement à l'obligation d'équité procédurale. La possibilité de produire une documentation écrite complète était suffisante.

Il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, notamment lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, ou lorsqu'il existe un droit d'appel prévu par la loi, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de

1999 CanLII 699 (SCC)

required here given the profound importance of this decision to those affected. This requirement was fulfilled by the provision of the junior immigration officer's notes, which are to be taken to be the reasons for decision. Accepting such documentation as sufficient reasons upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that, in the administrative context, this transparency may take place in various ways.

la décision. Des motifs écrits sont nécessaires en l'espèce, étant donné l'importance cruciale de la décision pour les personnes visées. Cette obligation a été remplie par la production des notes de l'agent subalterne, qui doivent être considérées comme les motifs de la décision. L'admission de ces documents comme motifs de la décision confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons.

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias, by an impartial decision-maker. This duty applies to all immigration officers who play a role in the making of decisions. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference. Statements in the immigration officer's notes gave the impression that he may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that the appellant was a single mother with several children and had been diagnosed with a psychiatric illness. Here, a reasonable and well-informed member of the community would conclude that the reviewing officer had not approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. The notes therefore give rise to a reasonable apprehension of bias.

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. Cette obligation s'applique à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent la reconnaissance de la diversité, la compréhension des autres et l'ouverture d'esprit à la différence. Les déclarations contenues dans les notes de l'agent d'immigration donnent l'impression qu'il peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que l'appelante était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. En l'espèce, un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent n'a pas traité cette affaire avec l'impartialité requise dans une décision rendue par un agent d'immigration. Les notes donnent donc lieu à une crainte raisonnable de partialité.

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. Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. Review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within the pragmatic and functional framework defined by this Court's decisions, especially given the difficulty in making rigid classifications between discretionary and non-discretionary decisions. Though 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*.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagé selon la démarche pragmatique et fonctionnelle définie par la jurisprudence de notre Cour, compte tenu particulièrement de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. Même si en général il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

In applying the applicable factors to determining the standard of review, considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division, and the individual rather than polycentric nature of the decision also suggest that the standard should not be as deferential as "patent unreasonableness". The appropriate standard of review is, therefore, reasonableness *simpliciter*.

Dans l'application des facteurs pertinents à la détermination de la norme de contrôle appropriée, on devrait faire preuve d'une retenue considérable envers les décisions d'agents d'immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l'analyse, de son rôle d'exception au sein du régime législatif et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l'absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale — Section de première instance, ainsi que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d'aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

The wording of the legislation shows Parliament's intention that the decision be made in a humanitarian and compassionate manner. A reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children since children's rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of these values may be found in the purposes of the Act, in international instruments, and in the Minister's guidelines for making humanitarian and compassionate decisions. Because the reasons for this decision did not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of the appellant's children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to the appellant's country of origin might cause her.

Le libellé de la législation révèle l'intention du Parlement de faire en sorte que la décision soit fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. L'exercice raisonnable du pouvoir conféré par l'article exige que soit prêtée une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants puisque les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs humanitaires centrales dans la société canadienne. Une indication de ces valeurs se trouve dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire publiées par le ministre. Étant donné que les motifs de la décision n'indiquent pas qu'elle a été rendue d'une manière réceptive, attentive ou sensible à l'intérêt des enfants de l'appelante, ni que leur intérêt a été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi. En outre, les motifs de la décision n'accordent pas suffisamment d'importance ou de poids aux difficultés qu'un retour de l'appelante dans son pays d'origine pouvait lui susciter.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The reasons and disposition of L'Heureux-Dubé J. were agreed with apart from the effect of international law on the exercise of ministerial discretion under s. 114(2) of the *Immigration Act*. The certified question must be answered in the negative. The principle that an international convention ratified by the executive is of no force or effect within the Canadian legal system until incorporated into domestic law does not survive intact the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation.

Les juges Cory et Iacobucci: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé et le dispositif qu'elle propose sont acceptés sauf pour ce qui concerne la question de l'effet du droit international sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. La question certifiée devrait recevoir une réponse négative. Le principe qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant qu'elle n'est pas incorporée dans le droit interne ne peut pas survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **disapproved:** *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **not followed:** *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; **referred to:** *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370; *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission*), [1989] 2 S.C.R. 879; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. v. Secretary of*

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts critiqués:** *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **arrêts non suivis:** *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (nº 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; **arrêts mentionnés:** *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour*

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

State for the Home Department, ex parte Doody, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316; *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By Iacobucci J.

Applied: *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, preamble, Arts. 3(1), (2), 9, 12.
Declaration of the Rights of the Child (1959), preamble.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(*c*), 9(1), 82.1(1) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 73], 83(1) [*idem*], 114(2) [*ibid.*, s. 102].

provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316; *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2e) 43; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué: *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; **arrêt mentionné:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3, préambule, art. 3(1), (2), 9, 12.
Déclaration des droits de l'enfant (1959), préambule.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3*c*), 9(1), 82.1(1) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 73], 83(1) [*idem*], 114(2) [*ibid.*, art. 102].

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2.1 [ad. SOR/93-44, s. 2].

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2.1 [aj. DORS/93-44, art. 2].

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).

Canada. Employment and Immigration Canada. *Immigration Manual: Examination and Enforcement.* Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1983 (loose-leaf updated 1991, release 2).

Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.

Macdonald, Roderick A., and David Lametti. "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.

Morris, Michael H. "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155.

Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Shapiro, Debra. "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 2 F.C. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554, [1996] F.C.J. No. 1726 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Simpson J. (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150, [1995] F.C.J. No. 1441 (QL), dismissing an application for judicial review. Appeal allowed.

Roger Rowe and *Rocco Galati*, for the appellant.

Urszula Kaczmarczyk and *Cheryl D. Mitchell*, for the respondent.

Sheena Scott and *Sharryn Aiken*, for the interveners the Canadian Foundation for Children,

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).

Canada. Emploi et Immigration Canada. *Guide de l'immigration: examen et application de la loi.* Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1983 (feuilles mobiles mises à jour 1991, envoi nº 2).

Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Dyzenhaus, David. «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.

Macdonald, Roderick A., and David Lametti. «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.

Morris, Michael H. «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.*P. 155.

Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

Shapiro, Debra. «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 2 C.F. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554, [1996] A.C.F. nº 1726 (QL), qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Simpson (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150, [1995] A.C.F. nº 1441 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi accueilli.

Roger Rowe et *Rocco Galati*, pour l'appelante.

Urszula Kaczmarczyk et *Cheryl D. Mitchell*, pour l'intimé.

Sheena Scott et *Sharryn Aiken*, pour les intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth

1999 CanLII 699 (SCC)

Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and the Canadian Council for Refugees.

John Terry and *Craig Scott*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

Barbara Jackman and *Marie Chen*, for the intervener the Canadian Council of Churches.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Regulations made pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, empower the respondent Minister to facilitate the admission to Canada of a person where the Minister is satisfied, owing to humanitarian and compassionate considerations, that admission should be facilitated or an exemption from the regulations made under the Act should be granted. At the centre of this appeal is the approach to be taken by a court to judicial review of such decisions, both on procedural and substantive grounds. It also raises issues of reasonable apprehension of bias, the provision of written reasons as part of the duty of fairness, and the role of children's interests in reviewing decisions made pursuant to s. 114(2).

I. Factual Background

Mavis Baker is a citizen of Jamaica who entered Canada as a visitor in August of 1981 and has remained in Canada since then. She never received permanent resident status, but supported herself illegally as a live -in domestic worker for 11 years. She has had four children (who are all Canadian citizens) while living in Canada: Paul Brown, born in 1985, twins Patricia and Peter Robinson, born in 1989, and Desmond Robinson, born in 1992. After Desmond was born, Ms. Baker suffered from post-partum psychosis and was diagnosed with paranoid schizophrenia. She applied for welfare at that time. When she was first diagnosed with mental illness, two of her children were placed in the care of their

and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le Conseil canadien pour les réfugiés.

John Terry et *Craig Scott*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

Barbara Jackman et *Marie Chen*, pour l'intervenant le Conseil canadien des églises.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le règlement passé en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, autorise le ministre intimé à faciliter l'admission au Canada d'une personne quand il est convaincu, pour des raisons d'ordre humanitaire, que l'admission devrait être facilitée ou qu'une dispense d'application des règlements passés aux termes de la Loi devrait être accordée. Le présent pourvoi porte essentiellement sur la démarche à suivre lorsqu'un tribunal procède au contrôle judiciaire de ces décisions, à la fois sur le fond et sur le plan de la procédure. Ce pourvoi soulève également des questions relatives à la crainte raisonnable de partialité, à la rédaction de motifs écrits dans le cadre de l'obligation d'agir équitablement et au rôle de l'intérêt des enfants dans le contrôle judiciaire de décisions rendues conformément au par. 114(2).

I. Les faits

Mavis Baker, citoyenne de la Jamaïque, est entrée au Canada à titre de visiteur en août 1981 et y vit depuis. Elle n'a jamais obtenu le statut de résidente permanente, mais a subvenu illégalement à ses besoins en travaillant pendant 11 ans comme travailleur domestique. Elle a eu quatre enfants (qui sont tous citoyens canadiens) au Canada: Paul Brown, né en 1985, les jumeaux Patricia et Peter Robinson, nés en 1989, et Desmond Robinson, né en 1992. Après la naissance de Desmond, Mme Baker a souffert d'une psychose post-partum et on a diagnostiqué qu'elle était atteinte d'une schizophrénie paranoïde. À cette époque, elle a présenté une demande d'assistance sociale. Quand

1999 CanLII 699 (SCC)

natural father, and the other two were placed in foster care. The two who were in foster care are now again under her care, since her condition has improved.

on a découvert qu'elle était atteinte de troubles mentaux, deux de ses enfants ont été confiés aux soins de leur père naturel et les deux autres ont été placés en foyer d'accueil. Son état s'étant amélioré, elle a de nouveau la garde des deux enfants placés en foyer d'accueil.

3 The appellant was ordered deported in December 1992, after it was determined that she had worked illegally in Canada and had overstayed her visitor's visa. In 1993, Ms. Baker applied for an exemption from the requirement to apply for permanent residence outside Canada, based upon humanitarian and compassionate considerations, pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*. She had the assistance of counsel in filing this application, and included, among other documentation, submissions from her lawyer, a letter from her doctor, and a letter from a social worker with the Children's Aid Society. The documentation provided indicated that, although she was still experiencing psychiatric problems, she was making progress. It also stated that she might become ill again if she were forced to return to Jamaica, since treatment might not be available for her there. Ms. Baker's submissions also clearly indicated that she was the sole caregiver for two of her Canadian-born children, and that the other two depended on her for emotional support and were in regular contact with her. The documentation suggested that she too would suffer emotional hardship if she were separated from them.

En décembre 1992, une ordonnance d'expulsion a été prise contre l'appelante, lorsqu'on a découvert qu'elle avait travaillé illégalement au Canada et avait séjourné au-delà de son visa de visiteur. En 1993, Mme Baker a demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Elle a obtenu l'aide d'un avocat pour remplir cette demande, et a notamment ajouté, comme documents additionnels, des observations de son avocat, une lettre de son médecin et une lettre d'un travailleur social de la Société d'aide à l'enfance. Les documents présentés indiquaient que, même si elle éprouvait toujours des problèmes psychiatriques, elle faisait des progrès, mais qu'elle pourrait retomber malade si elle était forcée de retourner en Jamaïque, parce qu'elle ne pourrait peut-être pas y bénéficier d'un traitement. Madame Baker a aussi clairement indiqué qu'elle était la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada et que ses deux autres enfants avaient besoin de son soutien affectif et étaient régulièrement en contact avec elle. Les documents mentionnaient également qu'elle subirait aussi des difficultés d'ordre émotionnel si elle était séparée d'eux.

4 The response to this request was contained in a letter dated April 18, 1994 and signed by Immigration Officer M. Caden, stating that a decision had been made that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant processing Ms. Baker's application for permanent residence within Canada. This letter contained no reasons for the decision.

En réponse à cette demande, une lettre datée du 18 avril 1994 et signée par l'agent d'immigration M. Caden a informé Mme Baker de la décision qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter au Canada sa demande de résidence permanente, sans toutefois donner les motifs de la décision.

5 Upon request of the appellant's counsel, she was provided with the notes made by Immigration Officer G. Lorenz, which were used by Officer Caden when making his decision. After a summary

À la demande de l'avocat de l'appelante, les notes de l'agent d'immigration G. Lorenz, que l'agent Caden a utilisées pour rendre sa décision, ont été remises à l'appelante. Après un résumé de

1999 CanLII 699 (SCC)

of the history of the case, Lorenz's notes read as follows:

PC is unemployed — on Welfare. No income shown — no assets. Has four Cdn.-born children — four other children in Jamaica — HAS A TOTAL OF EIGHT CHILDREN

Says only two children are in her "direct custody". (No info on who has ghe [*sic*] other two). There is nothing for her in Jamaica — hasn't been there in a long time — no longer close to her children there — no jobs there — she has no skills other than as a domestic — children would suffer — can't take them with her and can't leave them with anyone here. Says has suffered from a mental disorder since '81 — is now an outpatient and is improving. If sent back will have a relapse.

Letter from Children's Aid — they say PC has been diagnosed as a paranoid schizophrenic. — children would suffer if returned — Letter of Aug. '93 from psychiatrist from Ont. Govm't. Says PC had post-partum psychosis and had a brief episode of psychosis in Jam. when was 25 yrs. old. Is now an out-patient and is doing relatively well — deportation would be an extremely stressful experience.

Lawyer says PS [*sic*] is sole caregiver and single parent of two Cdn born children. Pc's mental condition would suffer a setback if she is deported etc.

This case is a catastrophy [*sic*]. It is also an indictment of our "system" that the client came as a visitor in Aug. '81, was not ordered deported until Dec. '92 and in APRIL '94 IS STILL HERE!

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity. However, because of the circumstances involved, there

l'historique de l'affaire, les notes de M. Lorenz se lisent:

[TRADUCTION] PC est sans emploi — reçoit l'assistance sociale. Aucun revenu connu — pas de biens. A quatre enfants nés au Canada, quatre autres en Jamaïque — HUIT ENFANTS AU TOTAL

Dit que seulement deux enfants sont sous sa garde directe. (Aucun renseignement sur la garde des deux autres). Il n'y a rien qui l'attend en Jamaïque — n'y est pas allée depuis longtemps — n'est plus proche de ses enfants qui s'y trouvent — pas d'emplois — n'a pas d'autre métier que celui de domestique — les enfants souffriraient — elle ne peut pas les emmener avec elle et elle n'a personne ici à qui les confier. Dit qu'elle souffre de troubles mentaux depuis 1981 — elle est actuellement une patiente en consultation externe et son état s'améliore. Si elle est renvoyée là-bas, elle fera une rechute.

Lettre de la Société d'aide à l'enfance — dit que PC souffre d'une schizophrénie paranoïde — les enfants souffriraient, si elle était renvoyée. Lettre d'août 1993 d'un psychiatre du gouvernement de l'Ontario — dit que PC a une psychose post-partum et a eu une brève période de psychose en Jamaïque quand elle avait 25 ans. Elle est maintenant patiente en consultation externe et se porte relativement bien — l'expulsion serait une expérience extrêmement stressante.

L'avocat dit que PC est une mère célibataire et qu'elle est la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada. L'état mental de PC se détériorerait si elle devait être déportée etc.

Cette affaire est une catastrophe. C'est aussi une condamnation de notre système: la cliente est arrivée comme visiteur en août 1981, une ordonnance d'expulsion n'a été prise qu'en décembre 1992 et en AVRIL 1994 ELLE EST TOUJOURS ICI!

PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l'assistance sociale. Elle n'a pas d'autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d'aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n'existe pas d'autres facteurs d'ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d'avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité. Toutefois, compte tenu des circonstances, il est possible qu'il y ait une mauvaise presse.

1999 CanLII 699 (SCC)

is a potential for adverse publicity. I recommend refusal but you may wish to clear this with someone at Region.

There is also a potential for violence — see charge of "assault with a weapon" [Capitalization in original.]

Je recommande le rejet, mais vous désirerez peut-être obtenir l'approbation de quelqu'un au centre régional.

Violence possible — voir l'accusation d'agression armée. [Majuscules dans l'original.]

6 Following the refusal of her application, Ms. Baker was served, on May 27, 1994, with a direction to report to Pearson Airport on June 17 for removal from Canada. Her deportation has been stayed pending the result of this appeal.

À la suite du rejet de sa demande, Mme Baker a reçu signification, le 27 mai 1994, de l'ordre de se présenter à l'aéroport Pearson le 17 juin pour son renvoi du Canada. Un sursis d'expulsion a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

II. Relevant Statutory Provisions and Provisions of International Treaties

II. Les dispositions législatives et des traités internationaux

7 *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2

82.1 (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court — Trial Division.

83. (1) A judgment of the Federal Court — Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court — Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

114. . . .

(2) The Governor in Council may, by regulation, authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2

82.1 (1) La présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

83. (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

114. . . .

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière.

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, as amended by SOR/93-44

2.1 The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, modifié par DORS/93-44

2.1 Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de

1999 CanLII 699 (SCC)

Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3

Article 3

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements

1999 CanLII 699 (SCC)

with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned.

Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

III. Judgments

A. *Federal Court — Trial Division* (1995), 101 F.T.R. 110

8 Simpson J. delivered oral reasons dismissing the appellant's judicial review application. She held that since there were no reasons given by Officer Caden for his decision, no affidavit was provided, and no reasons were required, she would assume, in the absence of evidence to the contrary, that he acted in good faith and made a decision based on correct principles. She rejected the appellant's argument that the statement in Officer Lorenz's notes that Ms. Baker would be a strain on the welfare system was not supported by the evidence, holding that it was reasonable to conclude from the reports provided that Ms. Baker would not be able to return to work. She held that the language of Officer Lorenz did not raise a reasonable apprehension of bias, and also found that the views expressed in his notes were unimportant, because they were not those of the decision-maker, Officer Caden. She rejected the appellant's argument that the *Convention on the Rights of the Child* mandated that the appellant's interests be given priority in s. 114(2) decisions, holding that the Convention did not apply to this situation, and was not part of domestic law. She also held that the evidence

essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

III. Les jugements

A. *Cour fédérale — Section de première instance* (1995), 101 F.T.R. 110

Le juge Simpson a prononcé à l'audience les motifs rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelante. Elle a statué que, puisque l'agent Caden n'avait pas motivé sa décision, qu'aucun affidavit n'avait été fourni, et qu'aucun motif n'était requis, elle présumerait, en l'absence de preuve contraire, qu'il avait agi de bonne foi et avait rendu la décision en se fondant sur des principes appropriés. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel l'affirmation dans les notes de l'agent Lorenz que Mme Baker serait un fardeau pour le système d'aide sociale n'était pas étayée par la preuve, concluant qu'il était raisonnable de conclure au vu des rapports fournis que Mme Baker ne pourrait pas reprendre le travail. Elle a conclu que le langage de l'agent Lorenz ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, et a également conclu que les opinions exprimées dans ses notes étaient sans importance parce qu'elles n'étaient pas celles du décideur, l'agent Caden. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la *Convention relative aux droits de l'enfant* commandait que l'intérêt de l'appelante prime dans les décisions fondées sur le par. 114(2), concluant que

1999 CanLII 699 (SCC)

showed the children were a significant factor in the decision-making process. She rejected the appellant's submission that the Convention gave rise to a legitimate expectation that the children's interests would be a primary consideration in the decision.

la Convention ne s'appliquait pas à cette situation, et ne faisait pas partie du droit interne. Elle a également conclu que la preuve démontrait que les enfants avaient constitué un facteur important dans le processus décisionnel et a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la Convention donnait lieu à une attente légitime que l'intérêt des enfants serait une considération primordiale dans la décision.

Simpson J. certified the following as a "serious question of general importance" under s. 83(1) of the *Immigration Act*: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?"

9 Le juge Simpson a certifié la question suivante comme «question grave de portée générale» en vertu du par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?»

B. *Federal Court of Appeal*, [1997] 2 F.C. 127

B. *Cour d'appel fédérale*, [1997] 2 C.F. 127

The reasons of the Court of Appeal were delivered by Strayer J.A. He held that pursuant to s. 83(1) of the *Immigration Act*, the appeal was limited to the question certified by Simpson J. He also rejected the appellant's request to challenge the constitutional validity of s. 83(1). Strayer J.A. noted that a treaty cannot have legal effect in Canada unless implemented through domestic legislation, and that the Convention had not been adopted in either federal or provincial legislation. He held that although legislation should be interpreted, where possible, to avoid conflicts with Canada's international obligations, interpreting s. 114(2) to require that the discretion it provides for must be exercised in accordance with the Convention would interfere with the separation of powers between the executive and legislature. He held that such a principle could also alter rights and obligations within the jurisdiction of provincial legislatures. Strayer J.A. also rejected the argument that any articles of the Convention could be interpreted to impose an obligation upon the government to give primacy to the interests of the children in a proceeding such as deportation. He

10 Les motifs de la Cour d'appel sont exposés par le juge Strayer. Il déclare que, conformément au par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'appel est limité à la question certifiée par le juge Simpson. Il rejette également la contestation par l'appelante de la constitutionnalité du par. 83(1). Le juge Strayer note qu'un traité ne peut pas avoir d'effet juridique au Canada s'il n'a pas été mis en vigueur par une loi adoptée à cet effet, et que la Convention n'avait pas été adoptée par une loi fédérale ou provinciale. Il conclut que, bien que la loi doive, dans la mesure du possible, être interprétée de façon à ne pas entraîner de conflit avec les obligations internationales du Canada, dire que le par. 114(2) exige que le pouvoir discrétionnaire conféré s'exerce conformément à la Convention enfreindrait la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif. Il conclut qu'un tel principe pourrait également toucher des droits et obligations relevant de la compétence des législatures provinciales. Le juge Strayer rejette également l'argument selon lequel quelque article de la Convention peut s'interpréter de façon à imposer l'obligation au gouvernement d'accorder priorité à l'intérêt des

1999 CanLII 699 (SCC)

held that the deportation of a parent was not a decision "concerning" children within the meaning of article 3. Finally, Strayer J.A. considered the appellant's argument based on the doctrine of legitimate expectations. He noted that because the doctrine does not create substantive rights, and because a requirement that the best interests of the children be given primacy by a decision-maker under s. 114(2) would be to create a substantive right, the doctrine did not apply.

enfants dans une procédure comme l'expulsion. Il conclut que l'expulsion du père ou de la mère n'est pas une décision «concernant» les enfants au sens de l'article 3. Enfin, le juge Strayer, examinant l'argument de l'appelante fondé sur la doctrine de l'attente légitime, conclut que puisque l'attente légitime ne crée aucun droit matériel et que le fait d'exiger qu'un décideur donne priorité à l'intérêt supérieur des enfants sous le régime du par. 114(2) aurait pour effet de créer un droit matériel, la doctrine ne s'appliquait pas.

1999 CanLII 699 (SCC)

IV. Issues

11 Because, in my view, the issues raised can be resolved under the principles of administrative law and statutory interpretation, I find it unnecessary to consider the various *Charter* issues raised by the appellant and the interveners who supported her position. The issues raised by this appeal are therefore as follows:

(1) What is the legal effect of a stated question under s. 83(1) of the *Immigration Act* on the scope of appellate review?

(2) Were the principles of procedural fairness violated in this case?

(i) Were the participatory rights accorded consistent with the duty of procedural fairness?

(ii) Did the failure of Officer Caden to provide his own reasons violate the principles of procedural fairness?

(iii) Was there a reasonable apprehension of bias in the making of this decision?

(3) Was this discretion improperly exercised because of the approach taken to the interests of Ms. Baker's children?

I note that it is the third issue that raises directly the issues contained in the certified question of general importance stated by Simpson J.

IV. Les questions en litige

Comme, à mon avis, l'appel peut être tranché en vertu des principes du droit administratif et de l'interprétation des lois, il n'est pas nécessaire d'examiner les divers moyens fondés sur la *Charte* qui ont été invoqués par l'appelante et les intervenants qui l'ont appuyée. Par conséquent, les questions examinées sont les suivantes:

(1) Quel effet juridique la question énoncée aux termes du par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration* a-t-elle sur la portée de l'examen en appel?

(2) Les principes d'équité procédurale ont-ils été enfreints en l'espèce?

(i) Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale?

(ii) Le défaut de l'agent Caden d'exposer les motifs de sa décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale?

(iii) Y avait-il une crainte raisonnable de partialité dans la prise de cette décision?

(3) Le pouvoir discrétionnaire a-t-il été incorrectement exercé en raison de la façon d'aborder l'intérêt des enfants de Mme Baker?

Je note que c'est la troisième question qui soulève directement les points mentionnés dans la question certifiée de portée générale énoncée par le juge Simpson.

1999 CanLII 699 (SCC)

V. Analysis

A. *Stated Questions Under Section 83(1) of the Immigration Act*

The Court of Appeal held, in accordance with its decision in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, that the requirement, in s. 83(1), that a "serious question of general importance" be certified for an appeal to be permitted restricts an appeal court to addressing the issues raised by the certified question. However, in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 25, this Court held that s. 83(1) does not require that the Court of Appeal address only the stated question and issues related to it:

> The certification of a "question of general importance" is the trigger by which an appeal is justified. The object of the appeal is still the judgment itself, not merely the certified question.

Rothstein J. noted in *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370 (T.D.), that once a question has been certified, all aspects of the appeal may be considered by the Court of Appeal, within its jurisdiction. I agree. The wording of s. 83(1) suggests, and *Pushpanathan* confirms, that if a "question of general importance" has been certified, this allows for an appeal from the judgment of the Trial Division which would otherwise not be permitted, but does not confine the Court of Appeal or this Court to answering the stated question or issues directly related to it. All issues raised by the appeal may therefore be considered here.

B. *The Statutory Scheme and the Nature of the Decision*

Before examining the various grounds for judicial review, it is appropriate to discuss briefly the nature of the decision made under s. 114(2) of the *Immigration Act*, the role of this decision in the statutory scheme, and the guidelines given by the Minister to immigration officers in relation to it.

V. Analyse

A. *Les questions énoncées en vertu du par. 83(1) de la Loi sur l'immigration*

12 La Cour d'appel a conclu, conformément à son arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, que le par. 83(1), en exigeant qu'une «question grave de portée générale» soit certifiée pour qu'un appel puisse être autorisé, limite l'appel aux questions soulevées par la question certifiée. Toutefois, dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au par. 25, notre Cour a conclu que le par. 83(1) n'exige pas que la Cour d'appel traite uniquement de la question énoncée et des points qui s'y rapportent:

> Sans la certification d'une «question grave de portée générale», l'appel ne serait pas justifié. L'objet de l'appel est bien le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée.

Le juge Rothstein dit, dans le jugement *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370 (1re inst.), que lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence. Je suis d'accord. Le libellé du par. 83(1) indique, et l'arrêt *Pushpanathan* le confirme, que la certification d'une «question grave de portée générale» permet un appel du jugement de première instance qui, normalement, ne serait pas autorisé, mais ne limite pas la Cour d'appel ni notre Cour à la question énoncée ou aux points qui s'y rapportent directement. Par conséquent, nous pouvons examiner tous les points soulevés dans le pourvoi.

B. *Le régime législatif et la nature de la décision*

13 Avant d'examiner les divers moyens invoqués dans la demande de contrôle judiciaire, il est nécessaire d'aborder brièvement la nature de la décision rendue en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, du rôle que joue cette décision dans le régime législatif, et des directives données par le ministre aux agents d'immigration à ce sujet.

1999 CanLII 699 (SCC)

14 Section 114(2) itself authorizes the Governor in Council to authorize the Minister to exempt a person from a regulation made under the Act, or to facilitate the admission to Canada of any person. The Minister's power to grant an exemption based on humanitarian and compassionate (H & C) considerations arises from s. 2.1 of the *Immigration Regulations*, which I reproduce for convenience:

> The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

For the purpose of clarity, I will refer throughout these reasons to decisions made pursuant to the combination of s. 114(2) of the Act and s. 2.1 of the Regulations as "H & C decisions".

15 Applications for permanent residence must, as a general rule, be made from outside Canada, pursuant to s. 9(1) of the Act. One of the exceptions to this is when admission is facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations. In law, pursuant to the Act and the Regulations, an H & C decision is made by the Minister, though in practice, this decision is dealt with in the name of the Minister by immigration officers: see, for example, *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565, at p. 569. In addition, while in law, the H & C decision is one that provides for an exemption from regulations or from the Act, in practice, it is one that, in cases like this one, determines whether a person who has been in Canada but does not have status can stay in the country or will be required to leave a place where he or she has become established. It is an important decision that affects in a fundamental manner the future of individuals' lives. In addition, it may also have an important impact on the lives of any Canadian children of the person whose humanitarian and compassionate application is being considered, since they may be separated from one of their parents and/or uprooted from their country of

Le paragraphe 114(2) habilite le gouverneur en conseil à autoriser le ministre à accorder une dispense d'application d'un règlement pris aux termes de la Loi, ou à faciliter l'admission d'une personne au Canada. Le pouvoir du ministre d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire découle de l'art. 2.1 du *Règlement sur l'immigration*:

> Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

Pour plus de clarté, je référerai aux décisions rendues conformément à une combinaison du par. 114(2) de la Loi et de l'art. 2.1 du règlement de «décisions d'ordre humanitaire».

Les demandes de résidence permanente doivent normalement être présentées à l'extérieur du Canada, conformément au par. 9(1) de la Loi. L'une des exceptions à cette règle est l'admission fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. En droit, conformément à la Loi et au règlement, c'est le ministre qui prend les décisions d'ordre humanitaire, alors qu'en pratique, ces décisions sont prises en son nom par des agents d'immigration: voir, par exemple, *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565, à la p. 569. En outre, même si, en droit, une décision d'ordre humanitaire est une décision qui prévoit une dispense d'application du règlement ou de la Loi, en pratique, il s'agit d'une décision, dans des affaires comme celle dont nous sommes saisis, qui détermine si une personne qui est au Canada, mais qui n'a pas de statut, peut y demeurer ou sera tenue de quitter l'endroit où elle s'est établie. Il s'agit d'une décision importante qui a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées. Elle peut également avoir des répercussions importantes sur la vie des enfants canadiens de la personne qui a fait la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire puisqu'ils peuvent être séparés d'un de leurs parents ou déracinés de leur pays de

citizenship, where they have settled and have connections.

citoyenneté, où ils se sont installés et ont des attaches.

Immigration officers who make H & C decisions are provided with a set of guidelines, contained in chapter 9 of the *Immigration Manual: Examination and Enforcement*. The guidelines constitute instructions to immigration officers about how to exercise the discretion delegated to them. These guidelines are also available to the public. A number of statements in the guidelines are relevant to Ms. Baker's application. Guideline 9.05 emphasizes that officers have a duty to decide which cases should be given a favourable recommendation, by carefully considering all aspects of the case, using their best judgment and asking themselves what a reasonable person would do in such a situation. It also states that although officers are not expected to "delve into areas which are not presented during examination or interviews, they should attempt to clarify possible humanitarian grounds and public policy considerations even if these are not well articulated".

16 Les agents d'immigration qui prennent des décisions d'ordre humanitaire reçoivent une série de lignes directrices, figurant au chapitre 9 du *Guide de l'immigration: examen et application de la loi*, qui leur servent d'instructions sur la façon d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est délégué. Le public a aussi accès à ces lignes directrices. Dans ces lignes directrices, plusieurs énoncés s'appliquent à la demande de Mme Baker. La directive 9.05 met l'accent sur le devoir des agents de décider quelles affaires devraient recevoir une recommandation favorable, en étudiant avec soin les cas sous tous leurs aspects, en faisant preuve de discernement, et en se demandant ce qu'une personne sensée ferait dans une telle situation. Elle dit également que les agents ne doivent pas «tente[r] d'approfondir des questions qui ne sont pas soulevées au cours des examens ou des entrevues. Toutefois, ils doivent essayer d'obtenir des précisions relativement à des raisons possibles d'intérêt public ou d'ordre humanitaire, même si celles-ci ne sont pas clairement formulées».

The guidelines also set out the bases upon which the discretion conferred by s. 114(2) and the Regulations should be exercised. Two different types of criteria that may lead to a positive s. 114(2) decision are outlined — public policy considerations and humanitarian and compassionate grounds. Immigration officers are instructed, under guideline 9.07, to assure themselves, first, whether a public policy consideration is present, and if there is none, whether humanitarian and compassionate circumstances exist. Public policy reasons include marriage to a Canadian resident, the fact that the person has lived in Canada, has become established, and has become an "illegal de facto resident", and the fact that the person may be a long-term holder of employment authorization or has worked as a foreign domestic. Guideline 9.07 states that humanitarian and compassionate grounds will exist if "unusual, undeserved or disproportionate hardship would be caused to the person seeking consideration if he or she had to leave Canada". The guidelines also directly address

17 Ces directives définissent également les fondements de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 114(2) et le règlement. Deux types de raisons pouvant mener à une décision favorable sont indiqués — les raisons d'intérêt public et les considérations humanitaires. Conformément à la directive 9.07, les agents d'immigration doivent s'assurer d'abord qu'il n'existe pas de raisons d'intérêt public, et, s'il n'y en a pas, s'il existe des considérations humanitaires. Les raisons d'intérêt public comprennent, notamment, le mariage à un résident du Canada, le fait qu'une personne a vécu au Canada, s'y est établie et est devenue un résident «de fait en situation administrative irrégulière», et le fait que la personne est titulaire d'un permis de travail de longue date ou a travaillé comme travailleur domestique étranger. La directive 9.07 dit qu'il existe des considérations humanitaires lorsque «des difficultés inhabituelles, injustes ou indues seraient causées à la personne sollicitant l'examen de son cas si celle-ci devait quitter le Canada». Les directives traitent expressé-

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

situations involving family dependency, and emphasize that the requirement that a person leave Canada to apply from abroad may result in hardship for close family members of a Canadian resident, whether parents, children, or others who are close to the claimant, but not related by blood. They note that in such cases, the reasons why the person did not apply from abroad and the existence of family or other support in the person's home country should also be considered.

ment de situations où il existe des liens familiaux de dépendance, et soulignent que l'obligation de quitter le Canada pour présenter une demande de l'étranger peut occasionner des difficultés à certains membres de la famille proche d'un résident canadien, parents, enfants ou autres proches qui n'ont pas de liens de sang avec le demandeur. Elles précisent que dans de tels cas, il faut aussi tenir compte des raisons pour lesquelles la personne n'a pas présenté sa demande à l'étranger et de la présence d'une famille ou d'autres personnes susceptibles de l'aider dans son pays d'origine.

C. *Procedural Fairness*

18 The first ground upon which the appellant challenges the decision made by Officer Caden is the allegation that she was not accorded procedural fairness. She suggests that the following procedures are required by the duty of fairness when parents have Canadian children and they make an H & C application: an oral interview before the decision-maker, notice to her children and the other parent of that interview, a right for the children and the other parent to make submissions at that interview, and notice to the other parent of the interview and of that person's right to have counsel present. She also alleges that procedural fairness requires the provision of reasons by the decision-maker, Officer Caden, and that the notes of Officer Lorenz give rise to a reasonable apprehension of bias.

C. *L'équité procédurale*

Comme premier moyen pour contester la décision de l'agent Caden, l'appelante allègue qu'elle n'a pas bénéficié de l'équité procédurale. L'appelante estime que l'obligation d'agir équitablement exige le respect des procédures suivantes quand des parents ayant des enfants canadiens présentent une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire: une entrevue orale devant le décideur, un avis de la tenue de cette entrevue aux enfants et à l'autre parent, un droit pour les enfants et l'autre parent de présenter des arguments au cours de cette entrevue, un avis à l'autre parent de la tenue de l'entrevue et du droit de cette personne d'être représentée par un avocat. Elle allègue également que l'équité procédurale exige que le décideur, soit l'agent Caden, motive sa décision, et que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

19 In addressing the fairness issues, I will consider first the principles relevant to the determination of the content of the duty of procedural fairness, and then address Ms. Baker's arguments that she was accorded insufficient participatory rights, that a duty to give reasons existed, and that there was a reasonable apprehension of bias.

En traitant des questions d'équité, j'examinerai d'abord les principes applicables à la détermination de la nature de l'obligation d'équité procédurale, et ensuite les arguments de Mme Baker sur l'insuffisance des droits de participation qui lui ont été accordés, sur l'existence d'une obligation de motiver la décision et sur la crainte raisonnable de partialité.

20 Both parties agree that a duty of procedural fairness applies to H & C decisions. The fact that a decision is administrative and affects "the rights, privileges or interests of an individual" is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution,*

Les deux parties admettent que l'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. Le fait qu'une décision soit administrative et touche «les droits, privilèges ou biens d'une personne» suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité: *Cardinal c.*

1999 CanLII 699 (SCC)

[1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653. Clearly, the determination of whether an applicant will be exempted from the requirements of the Act falls within this category, and it has been long recognized that the duty of fairness applies to H & C decisions: *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), at p. 88; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (F.C.T.D.); *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.).

(1) Factors Affecting the Content of the Duty of Fairness

The existence of a duty of fairness, however, does not determine what requirements will be applicable in a given set of circumstances. As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case". All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness: *Knight*, at pp. 682-83; *Cardinal*, *supra*, at p. 654; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, *per* Sopinka J.

Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

Directeur de l'établissement Kent, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653. Il est évident que la décision quant à savoir si un demandeur sera dispensé des exigences prévues par la Loi entre dans cette catégorie, et il est admis depuis longtemps que l'obligation d'équité s'applique aux décisions d'ordre humanitaire: *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1re inst.), à la p. 88; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (C.F. 1re inst.); *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.).

(1) Les facteurs ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité

21 L'existence de l'obligation d'équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, «la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale: *Knight*, aux pp. 682 et 683; *Cardinal*, précité, à la p. 654; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka.

22 Bien que l'obligation d'équité soit souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés, il est utile d'examiner les critères à appliquer pour définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données. Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

1999 CanLII 699 (SCC)

23 Several factors have been recognized in the jurisprudence as relevant to determining what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances. One important consideration is the nature of the decision being made and the process followed in making it. In *Knight*, *supra*, at p. 683, it was held that "the closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of those governing principles should be imported into the realm of administrative decision making". The more the process provided for, the function of the tribunal, the nature of the decision-making body, and the determinations that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required by the duty of fairness. See also *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1191; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), at p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission*), [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 896, *per* Sopinka J.

La jurisprudence reconnaît plusieurs facteurs pertinents en ce qui a trait aux exigences de l'obligation d'équité procédurale en common law dans des circonstances données. Un facteur important est la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir. Dans l'arrêt *Knight*, précité, à la p. 683, on a conclu que «la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point ces principes directeurs devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives». Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès. Voir également *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), à la p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 896, le juge Sopinka.

24 A second factor is the nature of the statutory scheme and the "terms of the statute pursuant to which the body operates": *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1191. The role of the particular decision within the statutory scheme and other surrounding indications in the statute help determine the content of the duty of fairness owed when a particular administrative decision is made. Greater procedural protections, for example, will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 7-66 to 7-67.

Le deuxième facteur est la nature du régime législatif et les «termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question»: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d'autres indications qui s'y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l'obligation d'équité dans le cadre d'une décision administrative précise. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes: voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), aux pp. 7-66 et 7-67.

25 A third factor in determining the nature and extent of the duty of fairness owed is the importance of the decision to the individual or individuals affected. The more important the decision is to the lives of those affected and the greater its

Le troisième facteur permettant de définir la nature et l'étendue de l'obligation d'équité est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont

1999 CanLII 699 (SCC)

impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated. This was expressed, for example, by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

> A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. . . . A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

As Sedley J. (now Sedley L.J.) stated in *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at p. 667:

> In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

The importance of a decision to the individuals affected, therefore, constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.

Fourth, the legitimate expectations of the person challenging the decision may also determine what procedures the duty of fairness requires in given circumstances. Our Court has held that, in Canada, this doctrine is part of the doctrine of fairness or natural justice, and that it does not create substantive rights: *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1204; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty

grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. C'est ce que dit par exemple le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113:

> Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. [. . .] Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

Comme le juge Sedley (maintenant Lord juge Sedley) le dit dans *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la p. 667:

> [TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux et le droit public a depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve contesté, ce qui le rend «judiciaire» dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut formel de l'organisme décisionnel.

L'importance d'une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale.

26 Quatrièmement, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données. Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1204; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 557. Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obliga-

1999 CanLII 699 (SCC)

of fairness: *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.). Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at pp. 214-15; D. Shapiro, "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, at p. 297; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights.

tion d'équité exigera cette procédure: *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1re inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.). De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3e éd. 1996), aux pp. 214 et 215; D. Shapiro, «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, à la p. 297; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les «circonstances» touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants.

27 Fifth, the analysis of what procedures the duty of fairness requires should also take into account and respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances: Brown and Evans, *supra*, at pp. 7-66 to 7-70. While this, of course, is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, *per* Gonthier J.

Cinquièmement, l'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances: Brown et Evans, *op. cit.*, aux pp. 7-66 à 7-70. Bien que, de toute évidence, cela ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles: *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, le juge Gonthier.

28 I should note that this list of factors is not exhaustive. These principles all help a court determine whether the procedures that were followed

Je dois mentionner que cette liste de facteurs n'est pas exhaustive. Tous ces principes aident le tribunal à déterminer si les procédures suivies res-

respected the duty of fairness. Other factors may also be important, particularly when considering aspects of the duty of fairness unrelated to participatory rights. The values underlying the duty of procedural fairness relate to the principle that the individual or individuals affected should have the opportunity to present their case fully and fairly, and have decisions affecting their rights, interests, or privileges made using a fair, impartial, and open process, appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision.

pectent l'obligation d'équité. D'autres facteurs peuvent également être importants, notamment dans l'examen des aspects de l'obligation d'agir équitablement non reliés aux droits de participation. Les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision.

1999 CanLII 699 (SCC)

(2) Legitimate Expectations

(2) L'attente légitime

I turn now to an application of these principles to the circumstances of this case to determine whether the procedures followed respected the duty of procedural fairness. I will first determine whether the duty of procedural fairness that would otherwise be applicable is affected, as the appellant argues, by the existence of a legitimate expectation based upon the text of the articles of the Convention and the fact that Canada has ratified it. In my view, however, the articles of the Convention and their wording did not give rise to a legitimate expectation on the part of Ms. Baker that when the decision on her H & C application was made, specific procedural rights above what would normally be required under the duty of fairness would be accorded, a positive finding would be made, or particular criteria would be applied. This Convention is not, in my view, the equivalent of a government representation about how H & C applications will be decided, nor does it suggest that any rights beyond the participatory rights discussed below will be accorded. Therefore, in this case there is no legitimate expectation affecting the content of the duty of fairness, and the fourth factor outlined above therefore does not affect the analysis. It is unnecessary to decide whether an international instrument ratified by Canada could, in other circumstances, give rise to a legitimate expectation.

29 Je passe maintenant à une application de ces principes aux circonstances de l'espèce pour déterminer si les procédures suivies respectaient l'obligation d'équité procédurale. Je déciderai d'abord si l'existence d'une attente légitime fondée sur le texte des articles de la Convention et le fait que le Canada l'ait ratifiée a une incidence, comme l'appelante le soutient, sur l'obligation d'équité procédurale qui serait autrement applicable. À mon avis, les articles de la Convention et leur libellé n'ont pas créé chez Mme Baker l'attente légitime que sa demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire donne lieu à l'application de droits procéduraux particuliers autres que ceux qui seraient normalement exigés en vertu de l'obligation d'équité, à une conclusion positive, ou à l'utilisation de critères particuliers. Cette convention n'est pas, à mon avis, l'équivalent d'une déclaration gouvernementale sur la façon dont les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire doivent être tranchées, elle n'indique pas non plus que des droits autres que les droits de participation dont il est question ci-dessous seront accordés. Par conséquent, dans la présente affaire, il n'existe pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité et le quatrième facteur identifié plus haut n'affecte donc pas l'analyse. Il n'est pas nécessaire de décider si un instrument international ratifié par le Canada pourrait, dans d'autres circonstances, donner lieu à une attente légitime.

(3) Participatory Rights

30 The next issue is whether, taking into account the other factors related to the determination of the content of the duty of fairness, the failure to accord an oral hearing and give notice to Ms. Baker or her children was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness in these circumstances. At the heart of this analysis is whether, considering all the circumstances, those whose interests were affected had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly. The procedure in this case consisted of a written application with supporting documentation, which was summarized by the junior officer (Lorenz), with a recommendation being made by that officer. The summary, recommendation, and material was then considered by the senior officer (Caden), who made the decision.

31 Several of the factors described above enter into the determination of the type of participatory rights the duty of procedural fairness requires in the circumstances. First, an H & C decision is very different from a judicial decision, since it involves the exercise of considerable discretion and requires the consideration of multiple factors. Second, its role is also, within the statutory scheme, as an exception to the general principles of Canadian immigration law. These factors militate in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness. On the other hand, there is no appeal procedure, although judicial review may be applied for with leave of the Federal Court — Trial Division. In addition, considering the third factor, this is a decision that in practice has exceptional importance to the lives of those with an interest in its result — the claimant and his or her close family members — and this leads to the content of the duty of fairness being more extensive. Finally, applying the fifth factor described above, the statute accords considerable flexibility to the Minister to decide on the proper procedure, and immigration officers, as a matter of practice, do not conduct interviews in all cases. The institutional practices and choices made by the Minister are significant, though of course not determinative

(3) Les droits de participation

La question suivante est de savoir si, compte tenu des autres facteurs déterminant la nature de l'obligation d'équité, le défaut d'accorder une audience et de donner avis à Mme Baker ou à ses enfants était incompatible avec les droits de participation qu'exige l'obligation d'équité dans ces circonstances. Au cœur de cette analyse, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, les personnes dont les intérêts étaient en jeu ont eu une occasion valable de présenter leur position pleinement et équitablement. La procédure en l'espèce se composait d'une demande écrite accompagnée de documents justificatifs, résumée par l'agent subalterne (Lorenz) et transmise avec une recommandation faite par ce dernier. Le résumé, la recommandation et les documents ont alors été examinés par l'agent principal (Caden), qui a pris la décision.

Plusieurs des facteurs susmentionnés servent à déterminer quel type de droits de participation sont requis par l'obligation d'équité procédurale dans les circonstances. En premier lieu, une décision d'ordre humanitaire est très différente d'une décision judiciaire, car elle suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire étendu et l'examen de facteurs multiples. Deuxièmement, son rôle est aussi, dans le cadre du régime législatif, une exception aux principes généraux du droit canadien de l'immigration. Ces facteurs militent en faveur d'une application moins stricte de l'obligation d'équité. D'autre part, il n'existe pas de procédure d'appel, bien qu'il puisse y avoir un contrôle judiciaire sur autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance. En outre, au vu du troisième facteur, il s'agit là d'une décision qui, en pratique, a une importance exceptionnelle sur la vie des personnes concernées — le demandeur et les membres de sa famille proche, ce qui accroît l'étendue de l'obligation d'équité. Enfin, appliquant le cinquième facteur ci-haut décrit, la loi donne au ministre une grande latitude pour décider de la procédure appropriée, et les agents d'immigration, dans la pratique, ne procèdent pas à des entrevues dans tous les cas. Les pratiques et les choix institutionnels que fait le ministre sont

1999 CanLII 699 (SCC)

factors to be considered in the analysis. Thus, it can be seen that although some of the factors suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model.

Balancing these factors, I disagree with the holding of the Federal Court of Appeal in *Shah*, *supra*, at p. 239, that the duty of fairness owed in these circumstances is simply "minimal". Rather, the circumstances require a full and fair consideration of the issues, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered.

However, it also cannot be said that an oral hearing is always necessary to ensure a fair hearing and consideration of the issues involved. The flexible nature of the duty of fairness recognizes that meaningful participation can occur in different ways in different situations. The Federal Court has held that procedural fairness does not require an oral hearing in these circumstances: see, for example, *Said*, *supra*, at p. 30.

I agree that an oral hearing is not a general requirement for H & C decisions. An interview is not essential for the information relevant to an H & C application to be put before an immigration officer, so that the humanitarian and compassionate considerations presented may be considered in their entirety and in a fair manner. In this case, the appellant had the opportunity to put forward, in written form through her lawyer, information about her situation, her children and their emotional dependence on her, and documentation in support of her application from a social worker at the Children's Aid Society and from her psychiatrist. These documents were before the decision-makers, and they contained the information relevant to making this decision. Taking all the factors relevant to determining the content of the duty of fairness into account, the lack of an oral hearing or

importants, bien que ce ne soient évidemment pas des facteurs déterminants dans l'analyse. On peut donc voir que, si certains facteurs indiquent des exigences plus strictes en matière d'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes, plus éloignées du modèle judiciaire.

32 Pondérant ces facteurs, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, que l'obligation d'équité dans ces circonstances est simplement «minimale». Au contraire, les circonstances nécessitent un examen complet et équitable des questions litigieuses, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable.

33 Toutefois, on ne peut pas dire non plus qu'une audience est toujours nécessaire pour garantir l'audition et l'examen équitables des questions en jeu. La nature souple de l'obligation d'équité reconnaît qu'une participation valable peut se faire de différentes façons dans des situations différentes. La Cour fédérale a statué que l'équité procédurale n'exige pas la tenue d'une audience dans ces circonstances: voir, par exemple, *Said*, précité, à la p. 30.

34 Je conviens que la tenue d'une audience n'est pas une exigence générale pour les décisions fondées sur des raisons d'ordre humanitaire. Il n'est pas indispensable qu'il y ait une entrevue pour exposer à un agent d'immigration les renseignements relatifs à une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et pour que les raisons d'ordre humanitaire présentées puissent être évaluées de façon complète et équitable. En l'espèce, l'appelante a eu la possibilité d'exposer par écrit, par l'entremise de son avocat, sa situation, celle de ses enfants et leur dépendance émotive vis-à-vis d'elle, et de présenter à l'appui de sa demande des lettres d'un travailleur social de la Société d'aide à l'enfance et de son psychiatre. Ces documents étaient à la disposition des décideurs, et ils contenaient les renseignements nécessaires pour la prise de décision. Compte tenu de tous les facteurs

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

notice of such a hearing did not, in my opinion, constitute a violation of the requirements of procedural fairness to which Ms. Baker was entitled in the circumstances, particularly given the fact that several of the factors point toward a more relaxed standard. The opportunity, which was accorded, for the appellant or her children to produce full and complete written documentation in relation to all aspects of her application satisfied the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness in this case.

pertinents pour évaluer le contenu de l'obligation d'équité, le fait qu'il n'y a pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas, selon moi, un manquement à l'obligation d'équité procédurale envers Mme Baker dans les circonstances, particulièrement en raison du fait que plusieurs des facteurs militaient en faveur d'une norme plus souple. La possibilité qui a été offerte à l'appelante et à ses enfants de produire une documentation écrite complète relativement à tous les aspects de sa demande remplit les exigences en matière de droits de participation que commandait l'obligation d'équité en l'espèce.

(4) The Provision of Reasons

35 The appellant also submits that the duty of fairness, in these circumstances, requires that reasons be given by the decision-maker. She argues either that the notes of Officer Lorenz should be considered the reasons for the decision, or that it should be held that the failure of Officer Caden to give written reasons for his decision or a subsequent affidavit explaining them should be taken to be a breach of the principles of fairness.

36 This issue has been addressed in several cases of judicial review of humanitarian and compassionate applications. The Federal Court of Appeal has held that reasons are unnecessary: *Shah*, *supra*, at pp. 239-40. It has also been held that the case history notes prepared by a subordinate officer are not to be considered the decision-maker's reasons: see *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, at pp. 159-60. In *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.T.D.), and *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, it was held that the notes of the reviewing officer should not be taken to be the reasons for decision, but may help in determining whether a reviewable error exists. In *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, an H & C decision was set aside because the decision-making officer

(4) L'exposé des motifs

L'appelante soutient également que l'obligation d'équité, dans les circonstances, exige que le décideur motive ses décisions. Elle soutient qu'il faut soit considérer les notes de l'agent Lorenz comme les motifs de la décision, soit conclure que le défaut de l'agent Caden de donner les motifs écrits de sa décision, ou un affidavit subséquent les expliquant, est un manquement aux principes d'équité.

Cette question a été abordée dans plusieurs cas de contrôle judiciaire de demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il n'était pas nécessaire que les décisions soient motivées: *Shah*, précité, aux pp. 239 et 240. Elle a également statué que les notes de l'historique des faits préparées par un agent subalterne ne doivent pas être considérées comme les motifs du décideur: voir *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, aux pp. 159 et 160. Les décisions *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (C.F. 1re inst.), et *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, concluent qu'il ne faut pas considérer les notes de l'agent de réexamen comme des motifs de décision, mais que ces notes peuvent servir à déterminer s'il existe une erreur susceptible de contrôle judiciaire. Dans *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (n° 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, une décision d'ordre humanitaire a été annulée parce que le décideur n'avait pas motivé sa

failed to provide reasons or an affidavit explaining the reasons for his decision.

More generally, the traditional position at common law has been that the duty of fairness does not require, as a general rule, that reasons be provided for administrative decisions: *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at p. 233; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), at pp. 665-66.

Courts and commentators have, however, often emphasized the usefulness of reasons in ensuring fair and transparent decision-making. Though *Northwestern Utilities* dealt with a statutory obligation to give reasons, Estey J. held as follows, at p. 706, referring to the desirability of a common law reasons requirement:

> This obligation is a salutary one. It reduces to a considerable degree the chances of arbitrary or capricious decisions, reinforces public confidence in the judgment and fairness of administrative tribunals, and affords parties to administrative proceedings an opportunity to assess the question of appeal. . . .

The importance of reasons was recently reemphasized by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 180-81.

Reasons, it has been argued, foster better decision making by ensuring that issues and reasoning are well articulated and, therefore, more carefully thought out. The process of writing reasons for decision by itself may be a guarantee of a better decision. Reasons also allow parties to see that the applicable issues have been carefully considered, and are invaluable if a decision is to be appealed, questioned, or considered on judicial review: R. A. Macdonald and D. Lametti, "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, at p. 146; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), at para. 38. Those affected may

décision, ni fourni d'affidavit expliquant les motifs de sa décision.

37 Plus généralement, la common law a traditionnellement reconnu que l'obligation d'équité n'exige pas, en règle générale, que les décisions administratives soient motivées: *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la p. 233; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), aux pp. 665 et 666.

38 Toutefois, les tribunaux et les auteurs ont maintes fois souligné l'utilité des motifs pour assurer la transparence et l'équité de la prise de décision. Quoique l'arrêt *Northwestern Utilities* traite d'une obligation légale de motiver des décisions, le juge Estey fait l'observation suivante, à la p. 706, sur l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs:

> Cette obligation est salutaire: elle réduit considérablement les risques de décisions arbitraires, raffermit la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratifs et permet aux parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel . . .

L'importance des motifs a récemment été réitérée par la Cour dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux par. 180 et 181.

39 On a soutenu que la rédaction de motifs favorise une meilleure prise de décision en ce qu'elle exige une bonne formulation des questions et du raisonnement et, en conséquence, une analyse plus rigoureuse. Le processus de rédaction des motifs d'une décision peut en lui-même garantir une meilleure décision. Les motifs permettent aussi aux parties de voir que les considérations applicables ont été soigneusement étudiées, et ils sont de valeur inestimable si la décision est portée en appel, contestée ou soumise au contrôle judiciaire: R. A. Macdonald et D. Lametti, «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, à la p. 146; *Williams c. Canada*

1999 CanLII 699 (SCC)

be more likely to feel they were treated fairly and appropriately if reasons are given: de Smith, Woolf, & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at pp. 459-60. I agree that these are significant benefits of written reasons.

(Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), au par. 38. Il est plus probable que les personnes touchées ont l'impression d'être traitées avec équité et de façon appropriée si des motifs sont fournis: de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5e éd. 1995), aux pp. 459 et 460. Je suis d'accord qu'il s'agit là d'avantages importants de la rédaction de motifs écrits.

40 Others have expressed concerns about the desirability of a written reasons requirement at common law. In *Osmond*, *supra*, Gibbs C.J. articulated, at p. 668, the concern that a reasons requirement may lead to an inappropriate burden being imposed on administrative decision-makers, that it may lead to increased cost and delay, and that it "might in some cases induce a lack of candour on the part of the administrative officers concerned". Macdonald and Lametti, *supra*, though they agree that fairness should require the provision of reasons in certain circumstances, caution against a requirement of "archival" reasons associated with court judgments, and note that the special nature of agency decision-making in different contexts should be considered in evaluating reasons requirements. In my view, however, these concerns can be accommodated by ensuring that any reasons requirement under the duty of fairness leaves sufficient flexibility to decision-makers by accepting various types of written explanations for the decision as sufficient.

D'autres ont émis des réserves quant à l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs écrits. Dans l'arrêt *Osmond*, précité, le juge en chef Gibbs a dit, à la p. 668, qu'il craignait qu'une obligation de rédiger des motifs puisse finir par imposer un fardeau indu aux décideurs administratifs, entraîner une augmentation des coûts et des délais, et [TRADUCTION] «dans certains cas occasionner un manque de sincérité de la part des fonctionnaires concernés». Même s'ils conviennent que l'équité devrait exiger que des motifs soient donnés dans certaines circonstances, Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, font une mise en garde contre une exigence donnant lieu à des motifs [TRADUCTION] «d'archives» s'apparentant aux décisions judiciaires, et notent qu'il faut tenir compte de la nature particulière de l'organisme décisionnel dans différents contextes pour évaluer l'exigence des motifs. À mon avis, cependant, on peut répondre à ces préoccupations en veillant à ce que toute obligation de motiver la décision en raison de l'obligation d'équité laisse aux décideurs assez de latitude, en acceptant comme suffisants divers types d'explications écrites.

41 In England, a common law right to reasons in certain circumstances has developed in the case law: see M. H. Morris, "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, at pp. 164-68; de Smith, Woolf & Jowell, *supra*, at pp. 462-65. In *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), reasons were required of a board deciding the appeal of the dismissal of a prison official. The House of Lords, in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531, imposed a reasons requirement on the Home

En Angleterre, un droit de common law à la production de motifs dans certaines circonstances est apparu dans la jurisprudence: voir M. H. Morris, «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, aux pp. 164 à 168; de Smith, Woolf & Jowell, *op. cit.*, aux pp. 462 à 465. L'arrêt *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), a conclu qu'une commission décidant de l'appel du congédiement d'un agent de prison devait motiver sa décision. La Chambre des lords, dans l'arrêt *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex*

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

Secretary when exercising the statutory discretion to decide on the period of imprisonment that a prisoner who had been imposed a life sentence should serve before being entitled to a review. Lord Mustill, speaking for all the law lords on the case, held that although there was no general duty to give reasons at common law, in those circumstances, a failure to give reasons was unfair. Other English cases have held that reasons are required at common law when there is a statutory right of appeal: see *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), at p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

Some Canadian courts have imposed, in certain circumstances, a common law obligation on administrative decision-makers to provide reasons, while others have been more reluctant. In *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (B.C.C.A.), at pp. 551-52, it was held that reasons would generally be required for decisions of a review board under Part XX.1 of the *Criminal Code*, based in part on the existence of a statutory right of appeal from that decision, and also on the importance of the interests affected by the decision. In *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), the court also held that because of the existence of a statutory right of appeal, there was an implied duty to give reasons. Smith D.J., in *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316 (T.D.), imposed a reasons requirement on a ministerial decision relating to refugee status, based upon the right to apply to the Immigration Appeal Board for redetermination. Similarly, in the context of evaluating whether a statutory reasons requirement had been adequately fulfilled in *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43 (C.A.), Bastarache J.A. (as he then was) emphasized, at p. 55, the importance of adequate reasons when appealing a decision. However, the Federal Court of Appeal recently rejected the submission that reasons were required in rela-

parte Doody, [1994] 1 A.C. 531, a exigé que le Secrétaire de l'Intérieur fournisse des motifs quand il exerce le pouvoir discrétionnaire dont l'investit la loi de décider du temps qu'une personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité devait passer en prison avant d'avoir droit à un réexamen. Lord Mustill, au nom de tous les lords juristes dans l'affaire, conclut que même s'il n'existe pas d'obligation générale de fournir des motifs en common law, dans les circonstances visées, il était inéquitable de ne pas fournir des motifs. D'autres décisions anglaises ont conclu que la common law exige que les décisions soient motivées quand il existe un droit d'appel prévu par la loi: voir *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), à la p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

42 Certains tribunaux canadiens ont imposé aux décideurs administratifs, dans des circonstances particulières, une obligation de common law de motiver leurs décisions, tandis que d'autres ont été plus hésitants à le faire. L'arrêt *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (C.A.C.-B.), aux pp. 551 et 552, conclut qu'en général une commission d'examen agissant sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* devait motiver ses décisions, en raison notamment de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi et de l'importance des droits touchés par ces décisions. Dans l'arrêt *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), la cour a statué qu'en raison de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi, il existait implicitement une obligation de donner des motifs. Le juge suppléant Smith, dans l'affaire *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316 (1re inst.), a imposé une obligation de motiver une décision ministérielle portant sur le statut de réfugié, en raison du droit d'en demander le réexamen devant la Commission d'appel de l'immigration. De même, alors qu'il examinait si l'exigence prévue par la loi de donner des motifs avait été convenablement remplie, le juge Bastarache (alors juge à la Cour d'appel) a souligné, dans l'arrêt *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2e) 43

tion to a decision to declare a permanent resident a danger to the public under s. 70(5) of the *Immigration Act*: *Williams*, *supra*.

(C.A.), à la p. 55, qu'il était important de disposer de motifs appropriés quand une décision est portée en appel. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a récemment conclu qu'il n'était pas nécessaire de motiver une décision dont le but était de déclarer qu'un résident permanent constituait un danger pour le public en vertu du par. 70(5) de la *Loi sur l'immigration*: *Williams*, précité.

43 In my opinion, it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision. The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required. This requirement has been developing in the common law elsewhere. The circumstances of the case at bar, in my opinion, constitute one of the situations where reasons are necessary. The profound importance of an H & C decision to those affected, as with those at issue in *Orlowski*, *Cunningham*, and *Doody*, militates in favour of a requirement that reasons be provided. It would be unfair for a person subject to a decision such as this one which is so critical to their future not to be told why the result was reached.

À mon avis, il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise. Cette exigence est apparue dans la common law ailleurs. Les circonstances de l'espèce, à mon avis, constituent l'une de ces situations où des motifs écrits sont nécessaires. L'importance cruciale d'une décision d'ordre humanitaire pour les personnes visées, comme celles dont il est question dans les arrêts *Orlowski*, *Cunningham* et *Doody*, milite en faveur de l'obligation de donner des motifs. Il serait injuste à l'égard d'une personne visée par une telle décision, si essentielle pour son avenir, de ne pas lui expliquer pourquoi elle a été prise.

44 In my view, however, the reasons requirement was fulfilled in this case since the appellant was provided with the notes of Officer Lorenz. The notes were given to Ms. Baker when her counsel asked for reasons. Because of this, and because there is no other record of the reasons for making the decision, the notes of the subordinate reviewing officer should be taken, by inference, to be the reasons for decision. Accepting documents such as these notes as sufficient reasons is part of the flexibility that is necessary, as emphasized by Macdonald and Lametti, *supra*, when courts evaluate the requirements of the duty of fairness with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of procedural fairness

J'estime, toutefois, que cette obligation a été remplie en l'espèce par la production des notes de l'agent Lorenz à l'appelante. Les notes ont été remises à Mme Baker lorsque son avocat a demandé des motifs. Pour cette raison, et parce qu'il n'existe pas d'autres documents indiquant les motifs de la décision, les notes de l'agent subalterne devraient être considérées, par déduction, comme les motifs de la décision. L'admission de documents tels que ces notes comme motifs de la décision fait partie de la souplesse nécessaire, ainsi que l'ont souligné Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, quand des tribunaux évaluent les exigences de l'obligation d'équité tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d'assurer le respect des

1999 CanLII 699 (SCC)

can be assured. It upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that in the administrative context, this transparency may take place in various ways. I conclude that the notes of Officer Lorenz satisfy the requirement for reasons under the duty of procedural fairness in this case, and they will be taken to be the reasons for decision.

valeurs qui fondent les principes de l'équité procédurale. Cela confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons. Je conclus qu'en l'espèce les notes de l'agent Lorenz remplissent l'obligation de donner des motifs en vertu de l'obligation d'équité procédurale, et qu'elles seront considérées comme les motifs de la décision.

(5) Reasonable Apprehension of Bias

(5) La crainte raisonnable de partialité

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias by an impartial decision-maker. The respondent argues that Simpson J. was correct to find that the notes of Officer Lorenz cannot be considered to give rise to a reasonable apprehension of bias because it was Officer Caden who was the actual decision-maker, who was simply reviewing the recommendation prepared by his subordinate. In my opinion, the duty to act fairly and therefore in a manner that does not give rise to a reasonable apprehension of bias applies to all immigration officers who play a significant role in the making of decisions, whether they are subordinate reviewing officers, or those who make the final decision. The subordinate officer plays an important part in the process, and if a person with such a central role does not act impartially, the decision itself cannot be said to have been made in an impartial manner. In addition, as discussed in the previous section, the notes of Officer Lorenz constitute the reasons for the decision, and if they give rise to a reasonable apprehension of bias, this taints the decision itself.

45 L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. L'intimé soutient que le juge Simpson a eu raison de conclure que les notes de l'agent Lorenz ne peuvent pas donner lieu à une crainte raisonnable de partialité, parce que le vrai décideur était l'agent Caden, qui a simplement fait une revue de la recommandation préparée par son subalterne. L'obligation d'agir équitablement et, en conséquence, d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique, à mon avis, à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision, qu'ils soient des agents de réexamen subalternes, ou ceux qui rendent la décision finale. L'agent subordonné joue un rôle important dans le processus, et si une personne ayant un rôle aussi central n'agit pas de façon impartiale, la décision elle-même ne peut pas être considérée comme ayant été rendue de façon impartiale. En outre, comme je le dis au paragraphe précédent, les notes de l'agent Lorenz constituent les motifs de la décision, et si elles donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité, la décision elle-même en est viciée.

The test for reasonable apprehension of bias was set out by de Grandpré J., writing in dissent, in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394:

46 Le test de la crainte raisonnable de partialité a été exposé par le juge de Grandpré, dissident, dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394:

. . . the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . [T]hat test is "what would an

. . . la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [. . .] [C]e critère consiste à se

1999 CanLII 699 (SCC)

informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

This expression of the test has often been endorsed by this Court, most recently in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, *per* Major J.; at para. 31, *per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; and at para. 111, *per* Cory J.

Notre Cour a souvent souscrit à cette définition du test, plus récemment dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au par. 11, le juge Major; au par. 31, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin; et au par. 111, le juge Cory.

47 It has been held that the standards for reasonable apprehension of bias may vary, like other aspects of procedural fairness, depending on the context and the type of function performed by the administrative decision-maker involved: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1192. The context here is one where immigration officers must regularly make decisions that have great importance to the individuals affected by them, but are also often critical to the interests of Canada as a country. They are individualized, rather than decisions of a general nature. They also require special sensitivity. Canada is a nation made up largely of people whose families migrated here in recent centuries. Our history is one that shows the importance of immigration, and our society shows the benefits of having a diversity of people whose origins are in a multitude of places around the world. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference.

Il a été décidé que le test relatif à la crainte raisonnable de partialité pouvait varier, comme d'autres éléments de l'équité procédurale, selon le contexte et le genre de fonction exercée par le décideur administratif concerné: *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1192. Le contexte en l'espèce est que les agents d'immigration doivent régulièrement prendre des décisions qui ont une très grande importance pour les personnes visées, mais qui souvent ont aussi une incidence sur les intérêts du Canada comme pays. Ce sont des décisions de nature individuelle plutôt que générale. Elles exigent également une grande sensibilité. Le Canada est une nation en grande partie composée de gens dont les familles ont émigré dans les siècles derniers. Notre histoire démontre l'importance de l'immigration, et notre société est l'exemple des avantages de la diversité de gens originaires d'une multitude de pays. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent qu'on reconnaisse la diversité ainsi qu'une compréhension des autres et une ouverture d'esprit à la différence.

48 In my opinion, the well-informed member of the community would perceive bias when reading Officer Lorenz's comments. His notes, and the manner in which they are written, do not disclose the existence of an open mind or a weighing of the particular circumstances of the case free from stereotypes. Most unfortunate is the fact that they

À mon avis, les membres bien informés de la communauté percevraient la partialité dans les commentaires de l'agent Lorenz. Ses notes, et la façon dont elles sont rédigées, ne témoignent ni d'un esprit ouvert ni d'une absence de stéréotypes dans l'évaluation des circonstances particulières de l'affaire. Plus regrettable encore est le fait qu'elles

1999 CanLII 699 (SCC)

seem to make a link between Ms. Baker's mental illness, her training as a domestic worker, the fact that she has several children, and the conclusion that she would therefore be a strain on our social welfare system for the rest of her life. In addition, the conclusion drawn was contrary to the psychiatrist's letter, which stated that, with treatment, Ms. Baker could remain well and return to being a productive member of society. Whether they were intended in this manner or not, these statements give the impression that Officer Lorenz may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that Ms. Baker was a single mother with several children, and had been diagnosed with a psychiatric illness. His use of capitals to highlight the number of Ms. Baker's children may also suggest to a reader that this was a reason to deny her status. Reading his comments, I do not believe that a reasonable and well-informed member of the community would conclude that he had approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. It would appear to a reasonable observer that his own frustration with the "system" interfered with his duty to consider impartially whether the appellant's admission should be facilitated owing to humanitarian or compassionate considerations. I conclude that the notes of Officer Lorenz demonstrate a reasonable apprehension of bias.

D. *Review of the Exercise of the Minister's Discretion*

Although the finding of reasonable apprehension of bias is sufficient to dispose of this appeal, it does not address the issues contained in the "serious question of general importance" which was certified by Simpson J. relating to the approach to be taken to children's interests when reviewing the exercise of the discretion conferred by the Act and the Regulations. Since it is important to address the central questions which led to this appeal, I will also consider whether, as a substantive matter, the H & C decision was improperly made in this case.

semblent établir un lien entre les troubles mentaux de Mme Baker, sa formation comme domestique, le fait qu'elle ait plusieurs enfants, et la conclusion qu'elle serait, en conséquence, un fardeau pour notre système d'aide sociale pour le restant de sa vie. En outre, la conclusion tirée était contraire à la lettre du psychiatre, qui disait qu'avec un traitement, l'état de Mme Baker pouvait continuer de s'améliorer et qu'elle pouvait redevenir un membre productif de la société. Qu'elles aient été faites dans cette intention ou non, ces déclarations donnent l'impression que l'agent Lorenz peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que Mme Baker était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. L'utilisation de majuscules par l'agent pour souligner le nombre des enfants de Mme Baker peut également indiquer au lecteur que c'était là une raison de lui refuser sa demande. À la lecture des commentaires de l'agent, je ne crois pas qu'un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent a traité cette affaire avec l'impartialité requise de la part d'un agent d'immigration rendant ce genre de décision. Un observateur raisonnable noterait que la propre frustration de l'agent face au «système» l'empêchait d'évaluer avec impartialité si l'admission de l'appelante devrait être facilitée pour des raisons d'ordre humanitaire. Je conclus que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

D. *Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre*

49 Bien que l'existence d'une crainte raisonnable de partialité suffise pour trancher le présent pourvoi, cette conclusion ne règle pas les points litigieux énoncés dans la «question grave de portée générale», certifiée par le juge Simpson, concernant la façon d'aborder l'intérêt des enfants dans le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi et le règlement. Comme il est important de traiter des questions centrales qui ont conduit au présent pourvoi, j'examinerai également si, sur le fond, la décision d'ordre humanitaire a été incorrectement rendue dans la présente affaire.

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

50 The appellant argues that the notes provided to her show that, as a matter of law, the decision should be overturned on judicial review. She submits that the decision should be held to a standard of review of correctness, that principles of administrative law require this discretion to be exercised in accordance with the Convention, and that the Minister should apply the best interests of the child as a primary consideration in H & C decisions. The respondent submits that the Convention has not been implemented in Canadian law, and that to require that s. 114(2) and the Regulations made under it be interpreted in accordance with the Convention would be improper, since it would interfere with the broad discretion granted by Parliament, and with the division of powers between the federal and provincial governments.

(1) The Approach to Review of Discretionary Decision-Making

51 As stated earlier, the legislation and Regulations delegate considerable discretion to the Minister in deciding whether an exemption should be granted based upon humanitarian and compassionate considerations. The Regulations state that "[t]he Minister is . . . authorized to" grant an exemption or otherwise facilitate the admission to Canada of any person "where the Minister is satisfied that" this should be done "owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations". This language signals an intention to leave considerable choice to the Minister on the question of whether to grant an H & C application.

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. As K. C. Davis wrote in *Discretionary Justice* (1969), at p. 4:

> A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction.

It is necessary in this case to consider the approach to judicial review of administrative discretion,

L'appelante allègue que les notes qu'on lui a remises montrent que, en droit, la décision devrait être annulée par voie de contrôle judiciaire. Elle soutient que la décision devrait respecter la norme de la décision correcte, que les principes de droit administratif exigent que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément à la Convention, et que le ministre devrait faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans les décisions d'ordre humanitaire. L'intimé soutient que la Convention n'a pas été incorporée dans le droit canadien, et qu'il serait inapproprié d'exiger que le par. 114(2) et son règlement d'application soient interprétés conformément à la Convention, parce que cela empiéterait sur le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par le Parlement, et sur le partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux.

(1) La démarche relative au contrôle de décisions discrétionnaires

Comme je l'ai dit précédemment, la loi et le règlement délèguent un très large pouvoir discrétionnaire au ministre dans la décision d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire. Le règlement dit que «[l]e ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense [. . .] ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière». Ce langage témoigne de l'intention de laisser au ministre une grande latitude dans sa décision d'accorder ou non une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. K. C. Davis écrit ceci dans *Discretionary Justice* (1969), à la p. 4:

> [TRADUCTION] Un fonctionnaire possède un pouvoir discrétionnaire quand les limites réelles de son pouvoir lui donnent la liberté de choisir entre divers modes d'action ou d'inaction possibles.

Il faut examiner en l'espèce l'approche du contrôle judiciaire en matière de pouvoir discrétionnaire

taking into account the "pragmatic and functional" approach to judicial review that was first articulated in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and has been applied in subsequent cases including *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 601-7, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this issue; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; and *Pushpanathan*, *supra*.

Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. The rule has been that decisions classified as discretionary may only be reviewed on limited grounds such as the bad faith of decision-makers, the exercise of discretion for an improper purpose, and the use of irrelevant considerations: see, for example, *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231. A general doctrine of "unreasonableness" has also sometimes been applied to discretionary decisions: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). In my opinion, these doctrines incorporate two central ideas — that discretionary decisions, like all other administrative decisions, must be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute, but that considerable deference will be given to decision-makers by courts in reviewing the exercise of that discretion and determining the scope of the decision-maker's jurisdiction. These doctrines recognize that it is the intention of a legislature, when using statutory language that confers broad choices on administrative agencies, that courts should not lightly interfere with such decisions, and should give considerable respect to decision-makers when reviewing the manner in which discretion was exercised. However, discretion 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 (*Roncarelli v.*

administratif, en tenant compte de l'analyse «pragmatique et fonctionnelle» du contrôle judiciaire qui a été énoncée pour la première fois dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et appliquée dans des arrêts postérieurs dont *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 601 à 607, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente sur d'autres points; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; et *Pushpanathan*, précité.

53 Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le principe est qu'on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, et l'utilisation de considérations non pertinentes: voir, par exemple, *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pp. 7 et 8; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231. Un principe général relatif au «caractère déraisonnable» a parfois été appliqué aussi à des décisions discrétionnaires: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). À mon avis, ces principes englobent deux idées centrales — qu'une décision discrétionnaire, comme toute autre décision administrative, doit respecter les limites de la compétence conférée par la loi, mais que les tribunaux devront exercer une grande retenue à l'égard des décideurs lorsqu'ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire et déterminent l'étendue de la compétence du décideur. Ces principes reconnaissent que lorsque le législateur confère par voie législative des choix étendus aux organismes administratifs, son intention est d'indiquer que les tribunaux ne devraient pas intervenir à la légère dans de telles décisions, et devraient accorder une marge considérable de respect aux décideurs lorsqu'ils révisent la façon dont les décideurs ont exercé leur discrétion. Toutefois, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une

1999 CanLII 699 (SCC)

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* (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038).

interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121), suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038).

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. As stated by Brown and Evans, *supra*, at p. 14-47:

> The degree of discretion in a grant of power can range from one where the decision-maker is constrained only by the purposes and objects of the legislation, to one where it is so specific that there is almost no discretion involved. In between, of course, there may be any number of limitations placed on the decision-maker's freedom of choice, sometimes referred to as "structured" discretion.

J'estime qu'il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions «discrétionnaires» et les décisions «non discrétionnaires». La plupart des décisions administratives comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite relativement à de nombreux aspects de la prise de décision. Pour ne donner qu'un seul exemple, les décideurs peuvent avoir un pouvoir discrétionnaire très étendu dans les réparations qu'ils accordent. En outre, il n'est pas facile d'établir une distinction entre l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire; l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options. Comme le disent Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 14-47:

> [TRADUCTION] Le degré de discrétion dans l'attribution d'un pouvoir peut aller d'un pouvoir dans lequel le décideur est contraint seulement par les objectifs de la loi, à un pouvoir si défini que n'intervient pratiquement pas de discrétion. Entre les deux, évidemment, il existe plusieurs limites à la liberté de choix du décideur, parfois appelé une discrétion «structurée».

55 The "pragmatic and functional" approach recognizes that standards of review for errors of law are appropriately seen as a spectrum, with certain decisions being entitled to more deference, and others entitled to less: *Pezim*, *supra*, at pp. 589-90; *Southam*, *supra*, at para. 30; *Pushpanathan*, *supra*, at para. 27. Three standards of review have been defined: patent unreasonableness, reasonableness *simpliciter*, and correctness: *Southam*, at paras. 54-56. In my opinion the standard of review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within this framework, especially given the difficulty in making rigid classifications

La démarche «pragmatique et fonctionnelle» reconnaît qu'il y a une large gamme de normes de contrôle judiciaire des erreurs de droit, certaines décisions exigeant plus de retenue, et d'autres moins: *Pezim*, précité, aux pp. 589 et 590; *Southam*, précité, au par. 30; *Pushpanathan*, précité, au par. 27. Trois normes de contrôle ont été définies: la décision manifestement déraisonnable, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision correcte: *Southam*, précité, aux par. 54 à 56. Je suis d'avis que la norme de contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagée dans ce cadre, compte tenu particulièrement

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

between discretionary and non-discretionary decisions. The pragmatic and functional approach takes into account considerations such as the expertise of the tribunal, the nature of the decision being made, and the language of the provision and the surrounding legislation. It includes factors such as whether a decision is "polycentric" and the intention revealed by the statutory language. The amount of choice left by Parliament to the administrative decision-maker and the nature of the decision being made are also important considerations in the analysis. The spectrum of standards of review can incorporate the principle that, in certain cases, the legislature has demonstrated its intention to leave greater choices to decision-makers than in others, but that a court must intervene where such a decision is outside the scope of the power accorded by Parliament. Finally, I would note that this Court has already applied this framework to statutory provisions that confer significant choices on administrative bodies, for example, in reviewing the exercise of the remedial powers conferred by the statute at issue in *Southam*, *supra*.

de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. La démarche pragmatique et fonctionnelle tient compte de considérations comme l'expertise du tribunal, la nature de la décision qui est prise, et le libellé de la disposition et des lois qui s'y rapportent. Elle comprend des facteurs comme le caractère «polycentrique» d'une décision et l'intention exprimée par le langage employé par la loi. La latitude que laisse le Parlement au décideur administratif et la nature de la décision qui est prise sont également d'importantes considérations dans l'analyse. La gamme de normes de contrôle peut comprendre le principe que, dans certains cas, la législature a fait part de son intention de laisser des choix plus grands aux décideurs que dans d'autres, mais qu'il faut qu'un tribunal intervienne quand une telle décision dépasse l'étendue du pouvoir conféré par le Parlement. Enfin, je signalerais que notre Cour a déjà appliqué ce cadre à des dispositions législatives qui accordent une latitude importante à des organismes administratifs, par exemple, en contrôlant l'exercice des pouvoirs de réparation conférés par la loi en cause dans l'arrêt *Southam*, précité.

Incorporating judicial review of decisions that involve considerable discretion into the pragmatic and functional analysis for errors of law should not be seen as reducing the level of deference given to decisions of a highly discretionary nature. In fact, deferential standards of review may give substantial leeway to the discretionary decision-maker in determining the "proper purposes" or "relevant considerations" involved in making a given determination. The pragmatic and functional approach can take into account the fact that the more discretion that is left to a decision-maker, the more reluctant courts should be to interfere with the manner in which decision-makers have made choices among various options. However, though 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*.

56 L'intégration du contrôle judiciaire de décisions comportant un large pouvoir discrétionnaire dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle en raison d'erreurs de droit ne devrait pas être considérée comme une diminution du niveau de retenue accordé aux décisions de nature hautement discrétionnaire. En fait, des normes de contrôle judiciaire empreintes de retenue peuvent donner au décideur discrétionnaire une grande liberté d'action dans la détermination des «objectifs appropriés» ou des «considérations pertinentes». La démarche pragmatique et fonctionnelle peut tenir compte du fait que plus le pouvoir discrétionnaire accordé à un décideur est grand, plus les tribunaux devraient hésiter à intervenir dans la manière dont les décideurs ont choisi entre diverses options. Toutefois, même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

(2) The Standard of Review in This Case

57 I turn now to an application of the pragmatic and functional approach to determine the appropriate standard of review for decisions made under s. 114(2) and Regulation 2.1, and the factors affecting the determination of that standard outlined in *Pushpanathan*, *supra*. It was held in that case that the decision, which related to the determination of a question of law by the Immigration and Refugee Board, was subject to a standard of review of correctness. Although that decision was also one made under the *Immigration Act*, the type of decision at issue was very different, as was the decision-maker. The appropriate standard of review must, therefore, be considered separately in the present case.

58 The first factor to be examined is the presence or absence of a privative clause, and, in appropriate cases, the wording of that clause: *Pushpanathan*, at para. 30. There is no privative clause contained in the *Immigration Act*, although judicial review cannot be commenced without leave of the Federal Court — Trial Division under s. 82.1. As mentioned above, s. 83(1) requires the certification of a "serious question of general importance" by the Federal Court — Trial Division before that decision may be appealed to the Court of Appeal. *Pushpanathan* shows that the existence of this provision means there should be a lower level of deference on issues related to the certified question itself. However, this is only one of the factors involved in determining the standard of review, and the others must also be considered.

59 The second factor is the expertise of the decision-maker. The decision-maker here is the Minister of Citizenship and Immigration or his or her delegate. The fact that the formal decision-maker is the Minister is a factor militating in favour of deference. The Minister has some expertise relative to courts in immigration matters, particularly with respect to when exemptions should be given from the requirements that normally apply.

(2) La norme de contrôle en l'espèce

J'examine maintenant l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle appropriée à l'égard de décisions rendues en vertu du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement, et les facteurs à considérer mis en évidence dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité. Cet arrêt conclut que la décision, qui se rapportait à la détermination d'une question de droit par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, devait respecter la norme de la décision correcte. Bien qu'elle ait également été rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, la décision en litige était très différente, tout comme l'était le décideur. Il faut donc évaluer la norme de contrôle appropriée distinctement dans la présente affaire.

Le premier facteur à examiner est la présence ou l'absence d'une clause privative et, le cas échéant, le libellé de cette clause: *Pushpanathan*, au par. 30. La *Loi sur l'immigration* ne contient pas de clause privative, mais le contrôle judiciaire ne peut se faire sans l'autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance, selon l'art. 82.1. Comme je l'ai dit précédemment, le par. 83(1) exige la certification d'une «question grave de portée générale» par la Cour fédérale, Section de première instance, pour que cette décision puisse être portée en appel devant la Cour d'appel. L'arrêt *Pushpanathan* montre que l'existence de cette disposition signifie un degré moindre de retenue à l'égard des points litigieux liés à la question certifiée. Toutefois, il ne s'agit que de l'un des facteurs à considérer pour déterminer la norme de contrôle, et il faut également évaluer les autres.

Le deuxième facteur est l'expertise du décideur. En l'espèce, le décideur est le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou son représentant. Le fait que, officiellement, le décideur soit le ministre est un facteur militant en faveur de la retenue. Le ministre a une certaine expertise par rapport aux tribunaux en matière d'immigration, surtout en ce qui concerne les dispenses d'application des exigences habituelles.

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

The third factor is the purpose of the provision in particular, and of the Act as a whole. This decision involves considerable choice on the part of the Minister in determining when humanitarian and compassionate considerations warrant an exemption from the requirements of the Act. The decision also involves applying relatively "open-textured" legal principles, a factor militating in favour of greater deference: *Pushpanathan*, *supra*, at para. 36. The purpose of the provision in question is also to exempt applicants, in certain circumstances, from the requirements of the Act or its Regulations. This factor, too, is a signal that greater deference should be given to the Minister. However, it should also be noted, in favour of a stricter standard, that this decision relates directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them. Its purpose is to decide whether the admission to Canada of a particular individual, in a given set of circumstances, should be facilitated.

60 Le troisième facteur est l'objet de la disposition en particulier, et de la Loi dans son ensemble. Cette décision implique une grande latitude pour le ministre qui doit décider si des raisons d'ordre humanitaire justifient une dispense des exigences de la Loi. La décision commande aussi l'application de principes juridiques relativement peu «limitatifs», un facteur militant en faveur d'une plus grande retenue: *Pushpanathan*, précité, au par. 36. L'objet de la disposition en question est également de dispenser les demandeurs, dans certaines circonstances, des exigences de la Loi ou de son règlement. Ce facteur joue aussi en faveur d'une plus grande retenue envers la décision du ministre. Toutefois, il faut également signaler, en faveur d'une norme plus stricte, que cette décision vise directement les droits et les intérêts d'un individu par rapport au gouvernement plutôt qu'elle n'évalue ou ne pondère les intérêts de divers groupes. Le but de la décision est de déterminer si l'admission au Canada d'un individu particulier, dans des circonstances données, devrait être facilitée.

The fourth factor outlined in *Pushpanathan* considers the nature of the problem in question, especially whether it relates to the determination of law or facts. The decision about whether to grant an H & C exemption involves a considerable appreciation of the facts of that person's case, and is not one which involves the application or interpretation of definitive legal rules. Given the highly discretionary and fact-based nature of this decision, this is a factor militating in favour of deference.

61 Le quatrième facteur mis en relief dans l'arrêt *Pushpanathan* vise la nature du problème en question, particulièrement s'il s'agit de droit ou de faits. La décision d'accorder une dispense fondée sur des raisons d'ordre humanitaire demande principalement l'appréciation de faits relatifs au cas d'une personne, et ne porte pas sur l'application ni sur l'interprétation de règles de droit précises. Le fait que cette décision soit de nature hautement discrétionnaire et factuelle est un facteur qui milite en faveur de la retenue.

These factors must be balanced to arrive at the appropriate standard of review. I conclude that considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, the fact that the decision-maker is the Minister, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division and the Federal Court of Appeal in certain circumstances, and the individual rather

62 Tous ces facteurs doivent être soupesés afin d'en arriver à la norme d'examen appropriée. Je conclus qu'on devrait faire preuve d'une retenue considérable envers les décisions d'agents d'immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l'analyse, de son rôle d'exception au sein du régime législatif, du fait que le décideur est le ministre, et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l'absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, Section de première instance, et la Cour d'appel fédérale dans certaines circonstances, ainsi

than polycentric nature of the decision, also suggest that the standard should not be as deferential as "patent unreasonableness". I conclude, weighing all these factors, that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d'aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». Je conclus, après avoir évalué tous ces facteurs, que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

(3) Was this Decision Unreasonable?

(3) La décision était-elle déraisonnable?

63 I will next examine whether the decision in this case, and the immigration officer's interpretation of the scope of the discretion conferred upon him, were unreasonable in the sense contemplated in the judgment of Iacobucci J. in *Southam*, *supra*, at para. 56:

> An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it.

In particular, the examination of this question should focus on the issues arising from the "serious question of general importance" stated by Simpson J.: the question of the approach to be taken to the interests of children when reviewing an H & C decision.

J'examinerai maintenant si la décision dans la présente affaire, et l'interprétation par l'agent d'immigration de l'étendue du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré, étaient déraisonnables au sens où l'entend le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam*, précité, au par. 56:

> Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s'il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve.

L'examen de cette question devrait être axé sur les points découlant de la «question grave de portée générale» énoncée par le juge Simpson: la façon d'aborder la question de l'intérêt des enfants dans le contrôle d'une décision d'ordre humanitaire.

64 The notes of Officer Lorenz, in relation to the consideration of "H & C factors", read as follows:

> The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity.

Les notes de l'agent Lorenz relatives à l'examen des raisons d'ordre humanitaire, disent ceci:

> [TRADUCTION] PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l'assistance sociale. Elle n'a pas d'autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d'aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n'existe pas d'autres facteurs d'ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d'avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité.

65 In my opinion, the approach taken to the children's interests shows that this decision was unreasonable in the sense contemplated in *Southam*,

À mon avis, la façon dont elle traite l'intérêt des enfants montre que cette décision était déraisonnable au sens de l'arrêt *Southam*, précité. L'agent n'a

1999 CanLII 699 (SCC)

supra. The officer was completely dismissive of the interests of Ms. Baker's children. As I will outline in detail in the paragraphs that follow, I believe that the failure to give serious weight and consideration to the interests of the children constitutes an unreasonable exercise of the discretion conferred by the section, notwithstanding the important deference that should be given to the decision of the immigration officer. Professor Dyzenhaus has articulated the concept of "deference as respect" as follows:

> Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. . . .

(D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.)

The reasons of the immigration officer show that his decision was inconsistent with the values underlying the grant of discretion. They therefore cannot stand up to the somewhat probing examination required by the standard of reasonableness.

The wording of s. 114(2) and of Regulation 2.1 requires that a decision-maker exercise the power based upon "compassionate or humanitarian considerations" (emphasis added). These words and their meaning must be central in determining whether an individual H & C decision was a reasonable exercise of the power conferred by Parliament. The legislation and regulations direct the Minister to determine whether the person's admission should be facilitated owing to the existence of such considerations. They show Parliament's intention that those exercising the discretion conferred by the statute act in a humanitarian and compassionate manner. This Court has found that it is necessary for the Minister to consider an H & C request when an application is made: *Jiminez-Perez*, *supra*. Similarly, when considering it, the request must be evaluated in a manner that is respectful of humanitarian and compassionate considerations.

prêté aucune attention à l'intérêt des enfants de Mme Baker. Comme je le démontrerai avec plus de détails dans les paragraphes qui suivent, j'estime que le défaut d'accorder de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article, même s'il faut exercer un degré élevé de retenue envers la décision de l'agent d'immigration. Le professeur Dyzenhaus énonce ainsi la notion de la [TRADUCTION] «retenue au sens de respect»:

> [TRADUCTION] La retenue au sens de respect ne demande pas la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision . . .

(D. Dyzenhaus, «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, à la p. 286.)

Les motifs de l'agent d'immigration démontrent que sa décision n'était pas compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire. Ils ne peuvent donc pas résister à l'examen assez poussé qu'exige la norme du caractère raisonnable.

66 Le libellé du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement exige que le décideur exerce le pouvoir en se fondant sur «des raisons d'ordre humanitaire» (je souligne). Ces mots et leur sens doivent se situer au cœur de la réponse à la question de savoir si une décision d'ordre humanitaire particulière constituait un exercice raisonnable du pouvoir conféré par le Parlement. La loi et le règlement demandent au ministre de décider si l'admission d'une personne devrait être facilitée pour des raisons humanitaires. Ils démontrent que l'intention du Parlement est que ceux qui exercent le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi agissent de façon humanitaire. Notre Cour a jugé que le ministre est tenu d'examiner les demandes d'ordre humanitaire qui sont présentées: *Jiminez-Perez*, précité. De même, quand il procède à cet examen, le ministre doit évaluer la demande d'une manière qui soit respectueuse des raisons d'ordre humanitaire.

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

67 Determining whether the approach taken by the immigration officer was within the boundaries set out by the words of the statute and the values of administrative law requires a contextual approach, as is taken to statutory interpretation generally: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-23. In my opinion, a reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children. Children's rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of children's interests as important considerations governing the manner in which H & C powers should be exercised may be found, for example, in the purposes of the Act, in international instruments, and in the guidelines for making H & C decisions published by the Minister herself.

(a) *The Objectives of the Act*

68 The objectives of the Act include, in s. 3(*c*):

> to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

Although this provision speaks of Parliament's objective of reuniting citizens and permanent residents with their close relatives from abroad, it is consistent, in my opinion, with a large and liberal interpretation of the values underlying this legislation and its purposes to presume that Parliament also placed a high value on keeping citizens and permanent residents together with their close relatives who are already in Canada. The obligation to take seriously and place important weight on keeping children in contact with both parents, if possible, and maintaining connections between close family members is suggested by the objective articulated in s. 3(*c*).

(b) *International Law*

69 Another indicator of the importance of considering the interests of children when making a compassionate and humanitarian decision is the ratifi-

Afin de décider si la démarche de l'agent d'immigration respectait les limites imposées par le libellé de la loi et les valeurs du droit administratif, une analyse contextuelle est requise comme l'exige en général l'interprétation des lois: voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23. À mon avis, l'exercice raisonnable du pouvoir conféré par l'article exige que soit prêtée une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants. Les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs d'ordre humanitaire centrales dans la société canadienne. Une indication que l'intérêt des enfants est une considération importante dans l'exercice des pouvoirs en matière humanitaire se trouve, par exemple, dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire publiées par le ministre lui-même.

a) *Les objectifs de la Loi*

Un des objectifs de la Loi est notamment, selon l'al. 3*c*):

> de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger;

Bien que cette disposition traite de l'objectif du Parlement de réunir des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger, elle permet, à mon avis, en utilisant une interprétation large et libérale des valeurs sous-jacentes à cette loi et à son objet, de présumer que le Parlement estime important également de garder ensemble des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents qui sont déjà au Canada. L'objectif à l'al. 3*c*) énonce l'obligation d'accorder une grande importance au maintien des enfants en contact avec leurs deux parents, si cela est possible, et au maintien du lien entre les membres d'une proche famille.

b) *Le droit international*

Un autre indice de l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire est la ratification par le Canada de la

cation by Canada of the *Convention on the Rights of the Child*, and the recognition of the importance of children's rights and the best interests of children in other international instruments ratified by Canada. International treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statute: *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 621; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 172-73. I agree with the respondent and the Court of Appeal that the Convention has not been implemented by Parliament. Its provisions therefore have no direct application within Canadian law.

Convention relative aux droits de l'enfant, et la reconnaissance de l'importance des droits des enfants et de l'intérêt supérieur des enfants dans d'autres instruments internationaux ratifiés par le Canada. Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi: *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 621; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pp. 172 et 173. Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada.

Nevertheless, the values reflected in international human rights law may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

> [T]he legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred. [Emphasis added.]

70 Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), à la p. 330:

> [TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]

The important role of international human rights law as an aid in interpreting domestic law has also been emphasized in other common law countries: see, for example, *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), at p. 266; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (S.C. India), at p. 367. It is also a critical influence on the interpretation of the scope of the rights included in the *Charter*: *Slaight Communications*, *supra*; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

D'autres pays de common law ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne: voir, par exemple, *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), à la p. 266; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (C.S. Inde), à la p. 367. Il a également une incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la *Charte*: *Slaight Communications*, précité; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

The values and principles of the Convention recognize the importance of being attentive to the rights and best interests of children when decisions are made that relate to and affect their future. In addition, the preamble, recalling the *Universal Declaration of Human Rights*, recognizes that "childhood is entitled to special care and assis-

71 Les valeurs et les principes de la Convention reconnaissent l'importance d'être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir. En outre, le préambule, rappelant la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, reconnaît que «l'enfance a droit à une aide et à une assistance

1999 CanLII 699 (SCC)

tance". A similar emphasis on the importance of placing considerable value on the protection of children and their needs and interests is also contained in other international instruments. The United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959), in its preamble, states that the child "needs special safeguards and care". The principles of the Convention and other international instruments place special importance on protections for children and childhood, and on particular consideration of their interests, needs, and rights. They help show the values that are central in determining whether this decision was a reasonable exercise of the H & C power.

spéciales». D'autres instruments internationaux mettent également l'accent sur la grande valeur à accorder à la protection des enfants, à leurs besoins et à leurs intérêts. La *Déclaration des droits de l'enfant* (1959) de l'Organisation des Nations Unies, dans son préambule, dit que l'enfant «a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux». Les principes de la Convention et d'autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l'enfance, et à l'attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits. Ils aident à démontrer les valeurs qui sont essentielles pour déterminer si la décision en l'espèce constituait un exercice raisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

(c) *The Ministerial Guidelines*

c) *Les lignes directrices ministérielles*

72 Third, the guidelines issued by the Minister to immigration officers recognize and reflect the values and approach discussed above and articulated in the Convention. As described above, immigration officers are expected to make the decision that a reasonable person would make, with special consideration of humanitarian values such as keeping connections between family members and avoiding hardship by sending people to places where they no longer have connections. The guidelines show what the Minister considers a humanitarian and compassionate decision, and they are of great assistance to the Court in determining whether the reasons of Officer Lorenz are supportable. They emphasize that the decision-maker should be alert to possible humanitarian grounds, should consider the hardship that a negative decision would impose upon the claimant or close family members, and should consider as an important factor the connections between family members. The guidelines are a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of the power conferred by the section, and the fact that this decision was contrary to their directives is of great help in assessing whether the decision was an unreasonable exercise of the H & C power.

Troisièmement, les directives données par le ministre aux agents d'immigration reconnaissent et révèlent les valeurs et la démarche qui sont décrites ci-dessus et qui sont énoncées dans la Convention. Comme il est dit plus haut, les agents d'immigration sont censés rendre la décision qu'une personne raisonnable rendrait, en portant une attention particulière à des considérations humanitaires comme maintenir des liens entre les membres d'une famille et éviter de renvoyer des gens à des endroits où ils n'ont plus d'attaches. Les directives révèlent ce que le ministre considère comme une décision d'ordre humanitaire, et elles sont très utiles à notre Cour pour décider si les motifs de l'agent Lorenz sont valables. Elles soulignent que le décideur devrait être conscient des considérations humanitaires possibles, devrait tenir compte des difficultés qu'une décision défavorable imposerait au demandeur ou aux membres de sa famille proche, et devrait considérer comme un facteur important les liens entre les membres d'une famille. Les directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article, et le fait que cette décision était contraire aux directives est d'une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

1999 CanLII 699 (SCC)

1999 CanLII 699 (SCC)

The above factors indicate that emphasis on the rights, interests, and needs of children and special attention to childhood are important values that should be considered in reasonably interpreting the "humanitarian" and "compassionate" considerations that guide the exercise of the discretion. I conclude that because the reasons for this decision do not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of Ms. Baker's children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation, and must, therefore, be overturned. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to Jamaica might cause Ms. Baker, given the fact that she had been in Canada for 12 years, was ill and might not be able to obtain treatment in Jamaica, and would necessarily be separated from at least some of her children.

73 Les facteurs susmentionnés montrent que les droits, les intérêts, et les besoins des enfants, et l'attention particulière à prêter à l'enfance sont des valeurs importantes à considérer pour interpréter de façon raisonnable les raisons d'ordre humanitaire qui guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Je conclus qu'étant donné que les motifs de la décision n'indiquent pas qu'elle a été rendue d'une manière réceptive, attentive ou sensible à l'intérêt des enfants de Mme Baker, ni que leur intérêt ait été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi et doit donc être infirmée. En outre, les motifs de la décision n'accordent pas suffisamment d'importance ou de poids aux difficultés qu'un retour en Jamaïque pouvait susciter pour Mme Baker, alors qu'elle avait passé 12 ans au Canada, qu'elle était malade et n'était pas assurée de pouvoir suivre un traitement en Jamaïque, et qu'elle serait forcément séparée d'au moins certains de ses enfants.

It follows that I disagree with the Federal Court of Appeal's holding in *Shah*, *supra*, at p. 239, that a s. 114(2) decision is "wholly a matter of judgment and discretion" (emphasis added). The wording of s. 114(2) and of the Regulations shows that the discretion granted is confined within certain boundaries. While I agree with the Court of Appeal that the Act gives the applicant no right to a particular outcome or to the application of a particular legal test, and that the doctrine of legitimate expectations does not mandate a result consistent with the wording of any international instruments, the decision must be made following an approach that respects humanitarian and compassionate values. Therefore, attentiveness and sensitivity to the importance of the rights of children, to their best interests, and to the hardship that may be caused to them by a negative decision is essential for an H & C decision to be made in a reasonable manner. While deference should be given to immigration officers on s. 114(2) judicial review applications, decisions cannot stand when the manner in which the decision was made and the approach taken are in conflict with humanitarian and compassionate values. The Minister's guidelines them-

74 Il en résulte que je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, qu'une décision en vertu du par. 114(2) «relève entièrement [du] jugement et [du] pouvoir discrétionnaire» (je souligne). Le libellé du par. 114(2) et du règlement montre que le pouvoir discrétionnaire conféré est assorti de limites. Bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel que la Loi ne donne au demandeur aucun droit à un résultat précis ou à l'application d'un critère juridique particulier, et que la doctrine de l'attente légitime ne commande pas un résultat conforme au libellé d'instruments internationaux, la décision doit être prise suivant une démarche qui respecte les valeurs humanitaires. Par conséquent, l'attention et la sensibilité à l'importance des droits des enfants, de leur intérêt supérieur, et de l'épreuve qui pourrait leur être infligée par une décision défavorable sont essentielles pour qu'une décision d'ordre humanitaire soit raisonnable. Même s'il faut faire preuve de retenue dans le contrôle judiciaire de décisions rendues par les agents d'immigration en vertu du par. 114(2), ces décisions ne doivent pas être maintenues quand elles résultent d'une démarche ou sont elles-mêmes en

selves reflect this approach. However, the decision here was inconsistent with it.

conflit avec des valeurs humanitaires. Les directives du ministre elles-mêmes soutiennent cette approche. Toutefois, la décision en l'espèce était incompatible avec cette approche.

75 The certified question asks whether the best interests of children must be a primary consideration when assessing an applicant under s. 114(2) and the Regulations. The principles discussed above indicate that, for the exercise of the discretion to fall within the standard of reasonableness, the decision-maker should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children's best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children's interests are given this consideration. However, where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable.

La question certifiée demande s'il faut considérer l'intérêt supérieur des enfants comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un demandeur sous le régime du par. 114(2) et du règlement. Les principes susmentionnés montrent que, pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable.

E. *Conclusions and Disposition*

E. *Conclusions et dispositif*

76 Therefore, both because there was a violation of the principles of procedural fairness owing to a reasonable apprehension of bias, and because the exercise of the H & C discretion was unreasonable, I would allow this appeal.

En conséquence, parce qu'il y a eu manquement aux principes d'équité procédurale en raison d'une crainte raisonnable de partialité, et parce que l'exercice du pouvoir en matière humanitaire était déraisonnable, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

77 The appellant requested that solicitor-client costs be awarded to her if she were successful in her appeal. The majority of this Court held as follows in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134:

> Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties.

There has been no such conduct on the part of the Minister shown during this litigation, and I do not believe that this is one of the exceptional cases where solicitor-client costs should be awarded. I would allow the appeal, and set aside the decision of Officer Caden of April 18, 1994, with party-

L'appelante a demandé que lui soient adjugés les dépens comme entre procureur et client si elle avait gain de cause dans son pourvoi. Notre Cour a conclu à la majorité dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 134:

> Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties.

Il n'a pas été démontré que le ministre a eu une telle conduite au cours du présent litige, et je ne crois pas qu'il s'agisse d'un des cas exceptionnels où les dépens devraient être adjugés comme entre procureur et client. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, et d'annuler la décision de l'agent Caden

1999 CanLII 699 (SCC)

and-party costs throughout. The matter will be returned to the Minister for redetermination by a different immigration officer.

en date du 18 avril 1994, avec les dépens entre parties dans toutes les cours. L'affaire sera renvoyée au ministre pour qu'un agent d'immigration différent rende une nouvelle décision.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

IACOBUCCI J. — I agree with L'Heureux-Dubé J.'s reasons and disposition of this appeal, except to the extent that my colleague addresses the effect of international law on the exercise of ministerial discretion pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The certified question at issue in this appeal concerns whether federal immigration authorities must treat the best interests of the child as a primary consideration in assessing an application for humanitarian and compassionate consideration under s. 114(2) of the Act, given that the legislation does not implement the provisions contained in the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, a multilateral convention to which Canada is party. In my opinion, the certified question should be answered in the negative.

78 LE JUGE IACOBUCCI — Je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé et au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi, sauf pour la question de l'effet du droit international sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. La question certifiée en l'espèce vise à déterminer si les autorités d'immigration fédérales doivent traiter l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans l'examen d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire en vertu du par. 114(2) de la Loi, alors que cette loi ne donne pas effet aux dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 nº 3, une convention multilatérale dont le Canada est signataire. À mon avis, la question certifiée devrait recevoir une réponse négative.

It is a matter of well-settled law that an international convention ratified by the executive branch of government is of no force or effect within the Canadian legal system until such time as its provisions have been incorporated into domestic law by way of implementing legislation: *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141. I do not agree with the approach adopted by my colleague, wherein reference is made to the underlying values of an unimplemented international treaty in the course of the contextual approach to statutory interpretation and administrative law, because such an approach is not in accordance with the Court's jurisprudence concerning the status of international law within the domestic legal system.

79 Il est bien établi qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant que ses dispositions ne sont pas incorporées dans le droit interne par une loi les rendant applicables: *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141. Je ne suis pas d'accord avec l'analyse de ma collègue lorsqu'elle se réfère aux valeurs sous-jacentes à un traité international non-applicable dans une approche contextuelle de l'interprétation des lois et du droit administratif, parce qu'une telle approche n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour sur la question du statut du droit international dans le système juridique interne.

In my view, one should proceed with caution in deciding matters of this nature, lest we adversely affect the balance maintained by our Parliamentary tradition, or inadvertently grant the executive the

80 À mon avis, il faut aborder avec prudence des décisions de ce genre, sous peine de rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou de conférer par inadvertance à l'exécutif le pouvoir de

1999 CanLII 699 (SCC)

power to bind citizens without the necessity of involving the legislative branch. I do not share my colleague's confidence that the Court's precedent in *Capital Cities*, *supra*, survives intact following the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation. Instead, the result will be that the appellant is able to achieve indirectly what cannot be achieved directly, namely, to give force and effect within the domestic legal system to international obligations undertaken by the executive alone that have yet to be subject to the democratic will of Parliament.

lier les administrés sans la participation du pouvoir législatif. Je ne partage pas la certitude de ma collègue que le précédent établi par notre Cour dans *Capital Cities*, précité, peut survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours, dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation. Au lieu de cela, le résultat sera que l'appelante pourra parvenir indirectement à ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement.

81 The primacy accorded to the rights of children in the Convention, assuming for the sake of argument that the factual circumstances of this appeal are included within the scope of the relevant provisions, is irrelevant unless and until such provisions are the subject of legislation enacted by Parliament. In answering the certified question in the negative, I am mindful that the result may well have been different had my colleague concluded that the appellant's claim fell within the ambit of rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Had this been the case, the Court would have had an opportunity to consider the application of the interpretive presumption, established by the Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and confirmed in subsequent jurisprudence, that administrative discretion involving *Charter* rights be exercised in accordance with similar international human rights norms.

La primauté donnée aux droits des enfants dans la Convention — à supposer pour les fins de la discussion que les faits du pourvoi ressortissent aux dispositions pertinentes — est sans effet tant et aussi longtemps que ces dispositions n'ont pas été incorporées par une loi adoptée par le Parlement. En donnant une réponse négative à la question certifiée, je suis conscient du fait que le résultat aurait pu être différent si ma collègue avait conclu que la demande de l'appelante relevait de l'application des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si cela avait été le cas, la Cour aurait eu la possibilité d'envisager l'application de la présomption interprétative établie par notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et confirmée dans la jurisprudence qui a suivi, selon laquelle le pouvoir administratif discrétionnaire touchant des droits garantis par la *Charte* doit être exercé en conformité avec des normes internationales similaires en matière de droits de la personne.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Roger Rowe and Rocco Galati, North York.

Procureurs de l'appelante: Roger Rowe et Rocco Galati, North York.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and

Procureur des intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le

1999 CanLII 699 (SCC)

the Canadian Council for Refugees: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Churches: Jackman and Associates, Toronto.

Conseil canadien pour les réfugiés: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des églises: Jackman and Associates, Toronto.

1999 CanLII 699 (SCC)

6

Slaight Communications Incorporated (operating as Q107 FM Radio) *Appellant*

v.

Ron Davidson *Respondent*

INDEXED AS: SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. *v.* DAVIDSON

File No.: 19412.

1987: October 8; 1989: May 4.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content — Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter — Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(9)(c).

Labour relations — Unjust dismissal — Jurisdiction of adjudicator — Adjudicator ordering employer to give unjustly dismissed employee letter of recommendation with specified content — Adjudicator also ordering employer to answer request for information about employee only by sending letter — Whether s. 61.5(9)(c) of Canada Labour Code authorizes adjudicator to make such orders — Whether orders infringe employer's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether limitation on freedom of expression justifiable under s. 1 of Charter — Whether orders unreasonable in administrative law sense.

Respondent had been employed by appellant as a "radio time salesman" for three and a half years when he was dismissed on the ground that his performance

* Le Dain J. took no part in the judgment.

Slaight Communications Incorporated (exploitée sous le nom de station de radio Q107 FM) *Appelante*

c.

Ron Davidson *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. *c.* DAVIDSON

N° du greffe: 19412.

1987: 8 octobre; 1989: 4 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé — Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre — Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5(9)c).

Relations de travail — Congédiement injuste — Juridiction de l'arbitre — Arbitre ordonnant à l'employeur de remettre à l'employé congédié injustement une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé — Arbitre ordonnant également à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'employé que par l'envoi de cette lettre — L'article 61.5(9)c) du Code canadien du travail autorise-t-il l'arbitre à rendre de telles ordonnances? — Les ordonnances portent-elles atteinte à la liberté d'expression de l'employeur garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Dans l'affirmative, la restriction à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Les ordonnances sont-elles déraisonnables au sens du droit administratif?

L'intimé était à l'emploi de l'appelante à titre de «vendeur de temps d'antenne» depuis trois ans et demi lorsqu'il a été congédié au motif que son rendement était

* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

1989 CanLII 92 (SCC)

was inadequate. Respondent filed a complaint and an adjudicator appointed by the Minister of Labour under s. 61.5(6) of the *Canada Labour Code* held that respondent had been unjustly dismissed. Based on s. 61.5(9)(*c*) of the Code, the adjudicator made an initial order imposing on appellant an obligation to give respondent a letter of recommendation certifying (1) that he had been employed by the radio station from June 1980 to January 20, 1984; (2) the sales quotas he had been set and the amount of sales he actually made during this period; and (3) that an adjudicator had held that he was unjustly dismissed. The order specifically indicated the amounts to be shown as sales quotas and as sales actually made. A second order prohibited appellant from answering a request for information about respondent except by sending the letter of recommendation. The Federal Court of Appeal dismissed an application by appellant to review and set aside the adjudicator's decision. The purpose of the appeal at bar is to determine whether s. 61.5(9)(*c*) of the Code authorizes an adjudicator to make such orders; and in particular, whether the orders infringed appellant's freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held (Beetz J. dissenting and Lamer J. dissenting in part): The appeal should be dismissed. The orders infringe s. 2(*b*) of the *Charter* but are justifiable under s. 1.

The *Charter* applies to orders made by the adjudicator. The adjudicator is a creature of statute. He is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from statute. The Constitution is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. It is thus impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require this Court to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1 of the *Charter*. It follows that an adjudicator, who exercises delegated powers, does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*.

The word "like" in the English version of s. 61.5(9)(*c*) of the *Canada Labour Code* does not have the effect of limiting the powers conferred on the adjudicator by allowing him to make only orders similar to the orders expressly mentioned in paras. (*a*) and (*b*) of that subsection. Interpreting this provision in this way would mean

insuffisant. À la suite d'une plainte de l'intimé, un arbitre désigné par le ministre du Travail en vertu du par. 61.5(6) du *Code canadien du travail* a statué que l'intimé avait été congédié injustement. Se fondant sur l'al. 61.5(9)*c*) du Code, l'arbitre a rendu une première ordonnance qui impose à l'appelante l'obligation de remettre à l'intimé une lettre de recommandation attestant (1) que ce dernier a été à l'emploi de la station radiophonique de juin 1980 au 20 janvier 1984; (2) quels étaient les objectifs de vente qui lui avaient été assignés ainsi que le montant des ventes qu'il a effectivement réalisées durant cette période; et (3) qu'un arbitre a jugé qu'il avait été congédié injustement. L'ordonnance prévoit précisément les montants devant apparaître au chapitre des objectifs de vente et au chapitre des ventes effectivement réalisées. Une deuxième ordonnance interdit à l'appelante de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen et d'annulation de la décision de l'arbitre présentée par l'appelante. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'al. 61.5(9)*c*) du Code autorise un arbitre à rendre de telles ordonnances; et en particulier, si les ordonnances violent la liberté d'expression de l'appelante garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt (le juge Beetz est dissident et le juge Lamer est dissident en partie): Le pourvoi est rejeté. Les ordonnances violent l'al. 2*b*) de la *Charte* mais elles sont justifiables en vertu de l'article premier.

La *Charte* est applicable aux ordonnances rendues par l'arbitre. L'arbitre est une créature de la loi. Il est nommé en vertu d'une disposition législative et il tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution, qui est la loi suprême du pays, rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. On ne peut donc interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte*, à moins, bien sûr, que le pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation obligerait cette Cour, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative en vertu de l'article premier de la *Charte*, à la déclarer inopérante. Il s'ensuit qu'un arbitre, qui exerce des pouvoirs délégués, n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte*.

Le mot «*like*» dans la version anglaise de l'al. 61.5(9)*c*) du *Code canadien du travail* n'a pas pour effet de limiter les pouvoirs conférés à l'arbitre en l'autorisant seulement à rendre des ordonnances similaires aux ordonnances expressément mentionnées aux al. *a*) et *b*) du même paragraphe. Interpréter ainsi cette disposition

1989 CanLII 92 (SCC)

applying the *ejusdem generis* rule. It is impossible to apply this rule in the case at bar since one of the conditions essential for its application—the presence of a common characteristic or common genus—has not been met. The interpretation according to which the word "like" in the English version of para. (*c*) does not have the effect of limiting the general power conferred on the adjudicator is also more consistent with the general scheme of the Code, and in particular with the purpose of Division V.7, which is to give non-unionized employees a means of challenging a dismissal they feel to be unjust and at the same time to equip the adjudicator with the powers necessary to remedy the consequences of such a dismissal.

Per Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The adjudicator's orders were reasonable in the administrative law sense. Administrative law unreasonableness, as a preliminary standard of review, should not impose a more onerous standard upon government than would *Charter* review. While patent unreasonableness is important to maintain for questions untouched by the *Charter*, such as review of determinations of fact, in the realm of value inquiry the courts should have recourse to this standard only in the clearest of cases in which a decision could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

The adjudicator's first order infringed s. 2(*b*) of the *Charter* but is saved under s. 1.

The adjudicator's second order also infringed s. 2(*b*) of the *Charter*. It was an attempt to prevent the appellant from expressing its opinion as to the respondent's qualifications beyond the facts set out in the letter. But this order, too, was justifiable under s. 1. First, the objective was of sufficient importance to warrant overriding appellant's freedom of expression. Like the first order, the objective of the second order was to counteract the effects of the unjust dismissal by enhancing the ability of the employee to seek new employment without being lied about by the previous employer. The adjudicator's remedy was a legislatively-sanctioned attempt to remedy the unequal balance of power that normally exists between an employer and employee. The governmental objective, in a general sense, was that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof. To constitutionally protect freedom of expression in this case would be tantamount to condoning the continuation of an abuse of an already unequal relationship. Second, the means chosen were reasonable. Like the first order, the second order was rationally

signifierait l'application de la règle *ejusdem generis*. Or, cette règle est inapplicable à l'espèce puisqu'une des conditions essentielles à son application—la présence d'une caractéristique commune ou d'un genre commun—n'est pas remplie. L'interprétation selon laquelle le mot «*like*» de la version anglaise de l'al. *c*) ne limite pas le pouvoir conféré à l'arbitre est également plus conforme à l'économie générale du Code et en particulier au but de la division V.7 qui est d'offrir à l'employé non syndiqué un moyen de contester un congédiement qu'il juge injuste et parallèlement d'offrir à l'arbitre les pouvoirs nécessaires pour remédier aux effets d'un tel congédiement.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: Les deux ordonnances de l'arbitre sont raisonnables au sens du droit administratif. La norme préliminaire de contrôle que représente le caractère déraisonnable en droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus exigeante que ne le ferait l'examen fondé sur la *Charte*. Certes, il importe de maintenir la norme du caractère déraisonnable manifeste pour les questions non touchées par la *Charte*, telles que le contrôle des conclusions de fait; mais, en matière d'examen des valeurs, les tribunaux devraient recourir à cette norme seulement dans les cas les plus évidents où une décision ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La première ordonnance de l'arbitre va à l'encontre de l'al. 2*b*) de la *Charte* mais elle est sauvegardée par l'article premier.

La seconde ordonnance de l'arbitre viole également l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il s'agit d'une tentative d'empêcher l'appelante d'exprimer son opinion quant aux qualifications de l'intimé au-delà des faits prouvés énoncés dans la lettre. Mais cette ordonnance est, elle aussi, justifiable sous le régime de l'article premier. En premier lieu, l'objectif est d'une importance suffisante pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression de l'appelante. Comme la première ordonnance, la deuxième vise à neutraliser les conséquences du congédiement injuste en accroissant la possibilité pour l'employé de chercher un nouvel emploi sans faire l'objet de mensonges de la part de l'employeur précédent. Le redressement accordé par l'arbitre constitue une tentative, que sanctionne le législateur, de remédier à l'équilibre inégal des forces qui existe normalement entre l'employeur et l'employé. En général, l'objectif gouvernemental réside dans la protection d'un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de celui-ci. Accorder une protection constitutionnelle à la liberté d'expression en l'espèce équivaudrait à fermer les yeux sur la continuation d'un abus de

1989 CanLII 92 (SCC)

linked to the objective. With the proven history of promoting a fabricated version of the quality of respondent's service and the concern that the employer would continue to treat him unfairly if he went back to work for the employer, it was rational for the adjudicator to attach a rider to the order for a reference letter so as to ensure that the employer's representatives did not subvert the effect of the letter by unjustifiably maligning its previous employee in the guise of giving a reference. Further, no less intrusive measure could have been taken and still achieved the objective with any likelihood. Monetary compensation would not have been an acceptable substitute because it would only have been compensation for the economic, not the personal, effects of unemployment. Labour should not be treated as a commodity and every day without work as exhaustively reducible to some pecuniary value. The letter was tightly and carefully designed to reflect only a very narrow range of facts which were not really contested. The appellant was not forced to state opinions which were not its own. The prohibition was also very circumscribed. It was triggered only in cases when the appellant was contacted for a reference and there was no requirement to send the letter to anyone other then prospective employers. In short, the adjudicator went no further than was necessary to achieve the objective. Finally, the effects of the measures were not so deleterious as to outweigh the objective of the measures. The objective in this case was a very important one, especially in light of Canada's international treaty commitment to protect the right to work in its various dimensions. For purposes of this final stage of the proportionality inquiry, the fact that a value has the status of an international human right, either in customary international law under a treaty to which Canada is a State Party, should generally be indicative of a high degree of importance attached to that objective.

Per Lamer J. (dissenting in part): The adjudicator did not exceed his jurisdiction by ordering appellant to give respondent a letter of recommendation with a specified content. Apart from the *Charter*, the only limitation imposed by s. 61.5(9)(*c*) is that the order must be designed to "remedy or counteract any consequence of the dismissal". That is the case here. The order prevents appellant's decision to dismiss respondent from having negative consequences for the latter's chances of finding new employment. Ordering an employer to give a former employee a letter of recommendation containing

relations de travail déjà inégales. En deuxième lieu, les moyens choisis sont raisonnables. Comme la première ordonnance, la deuxième est rationnellement liée à l'objectif. Étant donné l'histoire prouvée consistant à favoriser une version fabriquée de la qualité des services de l'intimé et la crainte que l'employeur continue de le traiter injustement s'il revenait travailler pour lui, il était logique que l'arbitre prescrive dans l'ordonnance une lettre de recommandation pour s'assurer que les représentants de l'employeur ne détruiraient pas l'effet de la lettre en disant, sans justification, du mal de son employé antérieur sous prétexte de donner des références. De plus, il n'y avait aucune autre mesure moins envahissante qu'on aurait pu prendre et qui aurait vraisemblablement permis d'atteindre quand même l'objectif. Une indemnisation monétaire n'aurait pas constitué un substitut acceptable parce qu'elle n'aurait réglé que les conséquences économiques du chômage et non les conséquences personnelles. Le travail ne peut être assimilé à un produit et chaque jour de chômage considéré comme étant parfaitement réductible à une valeur monétaire. La lettre a été fermement et soigneusement conçue pour exposer seulement une variété très étroite de faits qui n'étaient pas véritablement contestés. On n'a pas forcé l'appelante à exprimer des opinions différentes des siennes. L'interdiction est également très circonscrite. Elle ne s'applique que dans les cas où on communique avec l'appelante en vue d'obtenir des références, et la lettre doit être envoyée uniquement aux employeurs éventuels. En bref, l'arbitre a fait le strict nécessaire pour atteindre l'objectif. En dernier lieu, les effets des mesures ne sont pas préjudiciables au point de l'emporter sur leur objectif. En l'espèce, l'objectif est très important, en particulier à la lumière de l'engagement du Canada dans les traités internationaux de protéger le droit du travail sous ses divers aspects. Aux fins de cette étape de l'examen de la proportionnalité, le fait qu'une valeur ait le statut d'un droit de la personne international, soit selon le droit international coutumier, soit en vertu d'un traité auquel le Canada est un État partie, devrait en général dénoter un degré élevé d'importance attaché à cet objectif.

Le juge Lamer (dissident en partie): L'arbitre n'a pas excédé sa juridiction en ordonnant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre de recommandation ayant un contenu déterminé. Abstraction faite de la *Charte*, la seule limite imposée par l'al. 61.5(9)*c*) est que l'ordonnance vise à «contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier». C'est le cas en l'espèce. L'ordonnance empêche que la décision de l'appelante de congédier l'intimé puisse avoir des effets négatifs sur les chances de ce dernier de se trouver un nouvel emploi. Le fait d'ordonner à un employeur de remettre à un ancien

1989 CanLII 92 (SCC)

only objective facts that are not in dispute is not as such unreasonable and there is nothing to indicate that the adjudicator was pursuing an improper objective or acting in bad faith or in a discriminatory manner.

However, the adjudicator exceeded his jurisdiction by prohibiting appellant from answering a request for information about respondent other than by sending the letter of recommendation. Though the order is also meant to remedy or counteract the consequences of the dismissal, its effect, by prohibiting appellant from adding any comments whatever, is to create circumstances in which the letter could be seen as the expression of appellant's opinions. This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada. Parliament therefore cannot have intended to authorize such an unreasonable use of the discretion conferred by it. The adjudicator lost this jurisdiction when he made a patently unreasonable order.

The first order limits appellant's freedom of expression but this limitation, which is prescribed by law—the order made by the adjudicator is only an exercise of the discretion conferred on him by statute—can be justified under s. 1 of the *Charter*. The purpose of the order is clearly, as required by the Code, to counteract the consequences of the unjust dismissal. Such an objective is sufficiently important to warrant a limitation on freedom of expression. It is essential for the legislator to provide mechanisms to restore equilibrium in employer/employee relations so the employee will not be subject to arbitrary action by the employer. Additionally, the means chosen to attain the objective are reasonable in the circumstances. The order is fair and was carefully designed. The purpose of the letter of recommendation is to correct the false impression given by the fact of the dismissal and it contains only facts that are not in dispute. It is rationally connected to the dismissal since in certain cases it is the only way of effectively remedying the consequences of the dismissal. Finally, the consequences of the order are proportional to the objective sought. The latter is important in our society. The limitation on freedom of expression is not what could be described as very serious. It does not abolish that freedom, but simply limits its exercise by requiring the employer to write something determined in advance.

Per Beetz J. (dissenting): Except for the attestation relating to the unjust dismissal, the first order violated

employé une lettre de recommandation ne contenant que des faits objectifs incontestés n'est pas déraisonnable en soi et rien ne démontre que l'arbitre a poursuivi une finalité impropre ou agi de mauvaise foi ou de façon discriminatoire.

L'arbitre a toutefois excédé sa juridiction en interdisant à l'appelante de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation. Bien que l'ordonnance vise également à contrecarrer les effets du congédiement ou à y remédier, elle a pour effet, en interdisant à l'appelante d'ajouter quelques commentaires que ce soit, de créer des circonstances susceptibles de faire en sorte que la lettre soit perçue comme l'expression des opinions de l'appelante. Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada. Le Parlement ne peut donc pas avoir eu l'intention d'autoriser un usage si déraisonnable de la discrétion qu'il a conférée. L'arbitre a perdu cette juridiction en rendant une ordonnance manifestement déraisonnable.

La première ordonnance restreint la liberté d'expression de l'appelante mais cette restriction, qui provient d'une règle de droit—l'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi—, est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'ordonnance vise nettement, comme l'exige la loi, à contrecarrer les effets du congédiement injuste. Un tel objectif est suffisamment important pour justifier une certaine restriction à la liberté d'expression. Il est en effet essentiel que le législateur prévoie des mécanismes destinés à rétablir un certain équilibre dans la relation employeur/employé de façon à éviter que ce dernier soit soumis à l'arbitraire du premier. De plus, le moyen choisi pour atteindre l'objectif est raisonnable dans les circonstances. L'ordonnance est équitable et a été soigneusement conçue. La lettre de recommandation vise à corriger la fausse impression causée par le fait du congédiement et ne contient que des faits objectifs incontestés. Elle a un lien rationnel avec le congédiement puisque dans certains cas elle est la seule mesure susceptible de remédier efficacement aux effets du congédiement. Finalement, les effets de cette ordonnance sont proportionnels à l'objectif poursuivi. Ce dernier est important dans notre société. Or, la restriction apportée à la liberté d'expression n'est pas de celle qu'on peut qualifier de très grave. Elle ne supprime pas cette liberté mais se borne plutôt à en restreindre l'exercice en obligeant l'employeur à écrire quelque chose de prédéterminé.

Le juge Beetz (dissident): Excepté l'attestation relative au congédiement injuste, la première ordonnance

1989 CanLII 92 (SCC)

the appellant's freedoms of opinion and of expression and could not be justified under s. 1 of the *Charter*. This order forced the employer to write, as if they were his own, statements of facts in which, rightly or wrongly, he may not believe, or which he may ultimately find or think to be inaccurate, misleading or false. In short, the order may force the appellant to lie. To order the affirmation of facts, apart from belief in their veracity by the person who is ordered to affirm them constitutes a *prima facie* violation of the freedoms of opinion and expression. Such a violation was totalitarian in nature and could never be justified under s. 1 of the *Charter*.

The second order, coupled with the first, also violated the former employer's freedoms of opinion and of expression in a manner which was not justified under s. 1 of the *Charter*. The sending of the letter as drafted by the adjudicator, coupled with the prohibition to say or write anything else could lead to the implication that the former employer had no further comment to make upon the performance of the respondent and that, accordingly, the letter reflected the opinion of the former employer. In any event, the second order was disproportionate and unreasonable. One should view with extreme suspicion an administrative order or even a judicial order which has the effect of preventing the litigants from commenting upon and even criticizing the rulings of the deciding board or court.

Further, in cases of unjust dismissal, the issuance by an adjudicator of a blanket and perpetual prohibition against a former employer to write or say anything to a prospective employer but what the adjudicator has dictated in the letter of recommendation can lead to absurd and even counter-productive results. The adjudicator cannot foresee all the possible types of exchanges which are susceptible to occur between former and prospective employers. The absurdity which results from the adjudicator's second order is sufficient to warrant its reversal. If it is disproportionate and unreasonable from a practical point of view, then it has to be unreasonable from an administrative law point of view and it is difficult to conceive how it could be reasonable within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Distinguished: *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; **referred to**: *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*,

viole les libertés d'opinion et d'expression de l'appelante et ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cette ordonnance force l'employeur à rédiger des exposés des faits comme s'il s'agissait d'exposés de faits de son propre cru, auxquels, à tort ou à raison, il ne croit peut-être pas, ou qu'il peut en fin de compte trouver ou estimer inexacts, trompeurs ou faux. En bref, l'ordonnance peut forcer l'appelante à mentir. Ordonner la confirmation de faits, sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui a reçu l'ordre de les confirmer, viole à première vue les libertés d'opinion et d'expression. Une telle violation revêt un caractère totalitaire et ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La deuxième ordonnance, jointe à la première, viole également les libertés d'opinion et d'expression de l'ancien employeur d'une manière qui ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'envoi de la lettre telle qu'elle a été rédigée par l'arbitre, accompagné de l'interdiction de dire ou d'écrire quoi que ce soit pourrait laisser insinuer que l'ancien employeur n'a pas d'autres remarques à faire au sujet du rendement de l'intimé et que, par conséquent, la lettre traduit l'opinion de l'ancien employeur. En tout état de cause, la deuxième ordonnance est disproportionnée et déraisonnable. On devrait se méfier énormément d'une ordonnance administrative ou même une ordonnance judiciaire qui a pour effet d'empêcher les justiciables de commenter et même de critiquer les décisions d'une commission ou d'une cour.

De plus, dans les cas de congédiement injuste, la délivrance par un arbitre d'une interdiction générale et perpétuelle, à l'encontre d'un ancien employeur, d'écrire ou de dire quoi que ce soit à l'exception de ce que l'arbitre a dicté dans la lettre de recommandation peut conduire à des résultats absurdes et qui vont à l'encontre du résultat recherché. L'arbitre ne peut prévoir tous les types possibles d'échanges qui sont susceptibles d'avoir lieu entre les anciens employeurs et les employeurs éventuels. L'absurdité qui découle de la deuxième ordonnance de l'arbitre suffit à justifier son annulation. Dès lors qu'elle est disproportionnée et déraisonnable du point de vue pratique, elle doit être déraisonnable sur le plan du droit administratif, et il est difficile d'imaginer qu'elle puisse être raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Distinction d'avec l'arrêt: *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; **arrêts mentionnés**: *Blan-*

1989 CanLII 92 (SCC)

[1984] 2 S.C.R. 476; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

By Lamer J. (dissenting in part)

National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union, [1984] 1 S.C.R. 269; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Beetz J. (dissenting)

National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union, [1984] 1 S.C.R. 269; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(6) [ad. 1977-78, c. 27, s. 21], 61.5(9)(*a*), (*b*), (*c*) [*idem*].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 52(*d*).
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, Doc. A/6316 U.N. (1966), s. 6.

Authors Cited

Beatty, David M. "Labour is not a Commodity". In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Kahn-Freund, Sir Otto. *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 1969.
Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 253, 58 N.R. 150, 85 C.L.L.C. ¶ 14,053, dismissing appellant's application pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* to

chard c. Control Data Canada Ltée, [1984] 2 R.C.S. 476; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Citée par le juge Lamer (dissident en partie)

Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce, [1984] 1 R.C.S. 269; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge Beetz (dissident)

Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce, [1984] 1 R.C.S. 269; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5(6) [aj. 1977-78, chap. 27, art. 21], 61.5(9)*a*), *b*), *c*) [*idem*].
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, art. 52*d*).
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (nº 16) 49, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 6.

Doctrine citée

Beatty, David M. «Labour is not a Commodity». In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Kahn-Freund, Sir Otto. *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 1969.
Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. 253, 58 N.R. 150, 85 C.L.L.C. ¶ 14,053, qui a rejeté la demande de l'appelante, fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la*

1989 CanLII 92 (SCC)

set aside an order made by an adjudicator under s. 61.5(9)(*c*) of the *Canada Labour Code*. Appeal dismissed, Beetz J. dissenting and Lamer J. dissenting in part.

Brian A. Grosman, Q.C., and *John Martin*, for the appellant.

Morris Cooper and *Fern Weinper*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—

I

The respondent, Mr. Ron Davidson, a radio time salesman, was dismissed by his employer, the appellant, Slaight Communications Incorporated, operating as Q107 FM Radio. A complaint was filed by Mr. Davidson under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21, and an inquiry undertaken. As the matter could not be resolved or settled, Mr. Edward B. Joliffe, Q.C., was appointed by the Minister of Labour to act as adjudicator and to render a decision in accordance with the provisions of subss. (6) to (9) of s. 61.5, Division V.7, Part III of the *Canada Labour Code*. Two days of hearings were held in Toronto. Twelve days later, Mr. Joliffe received a letter, written on behalf of the employer, requesting Mr. Joliffe to consider reopening the adjudication because, the letter read in part, ". . . our client has advised us that it is in possession of certain material which may indicate that Mr. Davidson perjured his testimony before you in one or more respects." Mr. Joliffe demanded particulars of this very serious allegation. The company's counsel failed to comply. The application for another hearing was dismissed.

Adjudicator Joliffe reviewed at length the evidence of Ms. Stitt. Ms. Stitt was the sole witness on behalf of the employer and at the relevant time she was general sales manager of the

Cour fédérale, qui visait l'annulation d'une ordonnance rendue par un arbitre en vertu de l'al. 61.5(9)*c*) du *Code canadien du travail*. Pourvoi rejeté, le juge Beetz est dissident et le juge Lamer est dissident en partie.

Brian A. Grosman, c.r., et *John Martin*, pour l'appelante.

Morris Cooper et *Fern Weinper*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE EN CHEF—

I

L'intimé, M. Ron Davidson, vendeur de temps d'antenne à la radio, a été congédié par son employeur, l'appelante Slaight Communications Incorporated, exploitée sous le nom de station de radio Q107 FM. Monsieur Davidson s'est fondé sur le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21, pour déposer une plainte, et une enquête a été tenue. Comme la question ne pouvait être tranchée ou réglée, le ministre du Travail a désigné Me Edward B. Joliffe, c.r., comme arbitre chargé de rendre une décision conformément aux dispositions des par. (6) à (9) de l'art. 61.5, division V.7, partie III du *Code canadien du travail*. L'audience s'est déroulée pendant deux jours à Toronto. Douze jours plus tard, Me Joliffe a reçu une lettre rédigée au nom de l'employeur, dans laquelle on lui demandait d'envisager la possibilité de réexaminer le renvoi en question pour le motif que, selon ce que précisait notamment la lettre, [TRADUCTION] «. . . notre cliente nous a informés qu'elle détient certains documents indiquant que M. Davidson a peut-être fait un faux témoignage concernant un ou plusieurs points». Me Joliffe a demandé des détails sur cette allégation très grave. L'avocat de la société ne s'est pas exécuté. La demande visant à obtenir une autre audition a été rejetée.

L'arbitre Joliffe a longuement examiné le témoignage de Mme Stitt. Celle-ci était le seul témoin pour le compte de l'employeur et, à l'époque en cause, elle était la directrice générale des ventes de

1989 CanLII 92 (SCC)

company, though later dismissed. The adjudicator noted:

> In Ms. Stitt's letter to Labour Canada of February 27, 1984 ... she specified that the "major complaint" was Mr. Davidson's failure to achieve "monthly sales budgets since October of 1983." To select four months (or less) from a total of 43 months of service as evidence of unsatisfactory service is obviously specious.

Later in his ruling the adjudicator stated:

> From first to last Ms. Stitt's attitude faithfully reflected the advice she attributes to Mr. Gary Slaight: "If he failed to make budget, I'd hear about it. If he made it, the complaint would be that he could do more." By this perverse logic it appears that the more Mr. Davidson sold, the more unacceptable his performance. Such absurd statements led this adjudicator to suggest disclosure of "the real reason for dismissal," but there was no response.

He concluded:

> An attempt has been made in this case to prove unsatisfactory performance as just cause for dismissal. The attempt has failed. I find that Mr. Davidson was dismissed without just cause.

Mr. Joliffe then turned his attention to the question of an appropriate remedy, quoting subs. (9) of s. 61.5 as follows:

> **61.5.** ...
>
> (9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to
>
> (*a*) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;
>
> (*b*) reinstate the person in his employ; and
>
> (*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

He ordered payment of $46,628.96 plus interest and legal costs of $2,500. He made a further order, which is central to this appeal, reading:

la société, bien qu'elle fût congédiée plus tard. L'arbitre a noté ce qui suit:

> Dans sa lettre du 27 février 1984 à Travail Canada [...] Mme Stitt a précisé que le «principal grief» qu'on a fait à M. Davidson c'est de ne pas avoir atteint «depuis octobre 1983 les niveaux de vente prévus dans les budgets mensuels». Il est évidemment spécieux de choisir quatre mois (ou moins) sur un total de 43 mois de service pour prouver que le plaignant a eu un rendement insatisfaisant.

Plus loin, dans sa décision, l'arbitre s'est prononcé en ces termes:

> Du début à la fin, l'attitude de Mme Stitt a traduit fidèlement le conseil suivant qu'elle attribue à M. Gary Slaight: «S'il n'exécutait pas son budget, j'en entendrais parler. Si, au contraire, il l'exécutait, il faudrait lui faire savoir alors qu'il peut en faire davantage.» En vertu de cette logique perverse, il semble que plus M. Davidson vendrait, plus son rendement serait inacceptable. Des déclarations d'une telle absurdité m'ont conduit à proposer qu'on divulgue enfin «le véritable motif du congédiement», mais cela n'a eu aucun écho.

Il a tiré cette conclusion:

> On a tenté ici de démontrer qu'un rendement insatisfaisant pouvait constituer un motif valable de congédiement. La tentative a échoué. Je juge que M. Davidson a été congédié sans motif valable.

Me Joliffe s'est alors penché sur la question de l'établissement d'une réparation appropriée, et il a cité le par. (9) de l'art. 61.5:

> **61.5.** ...
>
> (9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur
>
> *a*) de payer à cette personne une indemnité ne dépassant pas la somme qui est équivalente au salaire qu'elle aurait normalement gagné si elle n'avait pas été congédiée;
>
> *b*) de réintégrer la personne dans son emploi; et
>
> *c*) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Il a ordonné le versement d'une somme de 46 628,96 $ plus les intérêts, et de 2 500 $ au titre de frais de justice. Il a rendu une autre ordonnance, qui fait l'objet principal du présent pourvoi. Celle-ci est ainsi rédigée:

1989 CanLII 92 (SCC)

Under the power given me by paragraph (c) in subsection (9) of Section 61.5, I further order:

That the employer give the complainant a letter of recommendation, with a copy to this adjudicator, certifying that:

(1) Mr. Ron Davidson was employed by Station Q107 from June, 1980, to January 20, 1984, as a radio time salesman;

(2) That his sales "budget" or quota for 1981 was $248,000 of which he achieved 97.3 per cent;

(3) That his sales "budget" or quota for 1982 was $343,500 of which he achieved 100.3 per cent;

(4) That his sales "budget" or quota for 1983 was $402,200 of which he achieved 114.2 per cent;

(5) That following termination in January, 1984, an adjudicator (appointed by the Minister of Labour) after hearing the evidence and representations of both parties, held that the termination had been an unjust dismissal.

I further order that any communication to Q107, its management or staff, whether received by letter, telephone or otherwise, from any person or company inquiring about Mr. Ron Davidson's employment at Q107, shall be answered exclusively by sending or delivering a copy of the said letter of recommendation.

An appeal by the employer to the Federal Court of Appeal was dismissed (Urie and Mahoney JJ., Marceau J. dissenting): [1985] 1 F.C. 253.

The question to be decided by this Court is whether para. (*c*) of s. 61.5(9) of the *Canada Labour Code* authorizes the adjudicator to order the employer to give the employee a letter of reference of specified content and to order the employer to say nothing further about the employee. Paragraph (*c*), it will be recalled, reads:

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa *c*) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000 $ et qu'il a atteint 97,3 % de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500 $ et qu'il a atteint 100,3 % de ce budget;

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200 $ et qu'il a atteint 114,2 % de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée.

L'employeur a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, et son appel a été rejeté (les juges Urie et Mahoney, le juge Marceau étant dissident): [1985] 1 C.F. 253.

La question que cette Cour doit trancher est de savoir si l'al. *c*) du par. 61.5(9) du *Code canadien du travail* autorise l'arbitre à enjoindre à l'employeur de donner à l'employé une lettre de recommandation à contenu spécifié et à ordonner à l'employeur de ne pas tenir d'autres propos au sujet de l'employé. L'alinéa *c*), on s'en souvient, est ainsi conçu:

(*c*) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

(*c*) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

1989 CanLII 92 (SCC)

Resolution of the problem involves (1) the construction and the true meaning and effect of para. (*c*), (2) whether the adjudicator's order in this case infringed freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and (3) if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

Two constitutional questions were stated in this appeal as follows:

1. Do the provisions of the adjudicator's order, pursuant to s. 61.5(9) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended, whereby the appellant was ordered to provide the respondent with a letter of recommendation of specified content combined with the further stipulation that any communication to the appellant relating to the respondent's employment with the appellant be answered exclusively by sending or delivering a copy of the letter of recommendation, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the provisions of the adjudicator's order infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are they justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

II

The Relationship Between Administrative Law Review and Review Under the *Charter*

I have had the benefit of reading the opinion of Justice Lamer and I am in complete agreement with his discussion of the applicability of the *Charter* to administrative decision-making. I also agree with his conclusion that the positive order made by adjudicator Joliffe (to draw up and to give the respondent a specified letter of reference) infringes s. 2(*b*) of the *Charter* but is saved by s. 1. However, with regard to the negative order (that any inquiry about the respondent's employment at Q107 be answered exclusively by the letter of reference which is the subject of the positive order), I must respectfully disagree with the conclusion of Lamer J. that it is patently unreasonable, thereby obviating the need to consider the *Charter*. Furthermore, not only am I of the view that the negative order is reasonable in

La solution du problème est fonction (1) de l'interprétation et du sens et de l'effet véritables de l'al. *c*), (2) de la question de savoir si l'ordonnance de l'arbitre en l'espèce viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et (3) dans l'affirmative, de la question de savoir si la violation est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Deux questions constitutionnelles ont été formulées en l'espèce:

1. Les dispositions de l'ordonnance de l'arbitre, rendue conformément au par. 61.5(9) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 et ses modifications, par lesquelles on a ordonné à la requérante de fournir à l'intimé une lettre de recommandation à contenu spécifié assortie de l'obligation supplémentaire de répondre exclusivement aux demandes de renseignements au sujet de l'emploi de l'intimé en envoyant ou en remettant une copie de la lettre de recommandation, violent-t-elles ou nient-elles les droits et libertés garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si les dispositions de l'ordonnance de l'arbitre violent ou nient les droits et libertés garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-elles justifiées par l'article premier de la *Charte* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

II

Le rapport entre le contrôle en matière de droit administratif et l'examen fondé sur la *Charte*.

J'ai pris connaissance de l'opinion exprimée par le juge Lamer et je suis parfaitement d'accord avec son analyse de l'applicabilité de la *Charte* au processus décisionnel administratif. Je suis également d'accord avec sa conclusion que l'ordonnance positive rendue par l'arbitre Joliffe (celle de rédiger une lettre de recommandation à contenu spécifié et de la remettre à l'intimé) viole l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais qu'elle est sauvegardée par l'article premier. Toutefois, pour ce qui est de l'ordonnance négative (celle de répondre exclusivement aux demandes de renseignements au sujet de l'emploi de l'intimé à la station Q107 en envoyant la lettre de recommandation visée par l'ordonnance positive), je me vois, en toute déférence, dans l'obligation d'exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge Lamer selon laquelle elle est manifeste-

1989 CanLII 92 (SCC)

the administrative law sense but I also believe that it is reasonable and demonstrably justified in the sense of s. 1 of the *Charter*.

I agree with Mahoney J. of the Federal Court of Appeal, at pp. 260-61, that:

> The ordering of provision of a totally factual letter of recommendation and foreclosing the undermining of its effect which, in the circumstances disclosed by the evidence, was patently foreseeable, seems to me to be an equitable remedial requirement. It is not punitive. It is appropriate redress to the wronged employee without, in any way, injuring the employer. In my view, the order was authorized by paragraph 61.5(9)(*c*).

The precise relationship between the traditional standard of administrative law review of patent unreasonableness and the new constitutional standard of review will be worked out in future cases. A few comments nonetheless may be in order. A minimal proposition would seem to be that administrative law unreasonableness, as a preliminary standard of review, should not impose a more onerous standard upon government than would *Charter* review. While patent unreasonableness is important to maintain for questions untouched by the *Charter*, such as review of determinations of fact (see *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at pp. 494-95), in the realm of value inquiry the courts should have recourse to this standard only in the clearest of cases in which a decision could not be justified under s. 1 of the *Charter*. In contrast to s. 1, patent unreasonableness rests to a large extent on unarticulated and undeveloped values and lacks the same degree of structure and sophistication of analysis. It seems to me that had Lamer J. gone on to conduct a s. 1 inquiry, his excellent analysis of the contending values in the context of the positive order would have been equally applicable to the negative order which he has instead found to be patently unreasonable.

ment déraisonnable, ce qui pare à la nécessité d'examiner la *Charte*. De plus, j'estime non seulement que l'ordonnance négative est raisonnable au sens du droit administratif, mais aussi qu'elle est raisonnable et que sa justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*.

Je souscris aux propos tenus par le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt précité, aux pp. 260 et 261:

> Le fait d'ordonner l'envoi d'une lettre de recommandation portant uniquement sur des faits et d'empêcher que son effet ne soit sapé, éventualité manifestement prévisible dans les circonstances révélées par la preuve, me semble être un redressement équitable et non punitif. Il s'agit d'un redressement approprié accordé à l'employé lésé et qui ne porte d'aucune façon préjudice à l'employeur. À mon avis, l'alinéa 61.5(9)*c*) autorisait l'ordonnance.

Le rapport précis entre la norme traditionnelle de contrôle, en droit administratif, du caractère déraisonnable manifeste et la nouvelle norme constitutionnelle de contrôle va se dégager de la jurisprudence à venir. Néanmoins, il y a lieu de faire quelques commentaires. Une proposition minimale semblerait être que la norme préliminaire de contrôle que représente le caractère déraisonnable en droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus exigeante que ne le ferait l'examen fondé sur la *Charte*. Certes, il importe de maintenir la norme du caractère déraisonnable manifeste pour les questions non touchées par la *Charte*, telles que le contrôle des conclusions de fait (voir *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, aux pp. 494 et 495); mais, en matière d'examen des valeurs, les tribunaux devraient recourir à cette norme seulement dans les cas les plus évidents où une décision ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Par opposition à l'article premier, le caractère déraisonnable manifeste repose, dans une large mesure, sur des valeurs ambiguës et non établies et n'a pas le même degré de structure et de subtilité d'analyse. À mon avis, si le juge Lamer avait procédé à un examen fondé sur l'article premier, son excellente analyse des valeurs opposées dans le contexte de l'ordonnance positive aurait été également applicable à l'ordonnance négative qu'il a plutôt jugée manifestement déraisonnable.

1989 CanLII 92 (SCC)

I agree with Lamer J. that the order in this case is considerably different from that at issue in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, and, therefore, the determination by Beetz J. that the letter in question in *National Bank* was patently unreasonable is not applicable to the facts of this case. The focus of condemnation in *National Bank* was on the "compelling [of] anyone to utter opinions that [were] not his own" (*per* Beetz J., at p. 296) which was exacerbated by the wide publication of the letter—to all employees and management staff of the bank. That is not this case. As the adjudicator noted here, there was no real conflict of evidence about the accounts and reports.

III

The Negative Order and Section 2(*b*) of the *Charter*

Adjudicator Joliffe's order that Slaight Communications Inc. answer any reference inquiry exclusively by sending the specified letter is an infringement of s. 2(*b*) freedom of expression. The government is attempting to prevent Q107 from expressing its opinion as to the qualifications of Mr. Davidson beyond the facts set out in the letter. The harm that it was aiming to prevent, decreased job prospects for Mr. Davidson, is only relevant to s. 1 analysis and not to s. 2(*b*) analysis.

IV

Section 1 of the *Charter*

The basic test for s. 1 analysis formulated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39, has been reviewed in the reasons of Lamer J. and need not be reproduced here.

Je conviens avec le juge Lamer que l'ordonnance en l'espèce diffère considérablement de celle en cause dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, et que, par conséquent, la conclusion du juge Beetz selon laquelle la lettre en cause dans l'affaire *Banque Nationale* était manifestement déraisonnable ne s'applique pas aux faits de l'espèce. La condamnation dans l'arrêt *Banque Nationale* visait surtout le fait «que l'on contraigne quiconque à professer des opinions peut-être différentes des siennes» (le juge Beetz, à la p. 296), fait qui a été aggravé par une large diffusion de la lettre à tous les employés et au personnel de direction de la banque. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Comme l'arbitre l'a souligné en l'espèce, il n'y avait pas de véritable conflit au sujet des comptes et des rapports.

III

L'ordonnance négative et l'al. 2*b*) de la *Charte*

L'ordonnance de l'arbitre Joliffe qui enjoignait à Slaight Communications Inc. de répondre aux demandes de renseignements exclusivement en envoyant la lettre à contenu spécifié viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*). Le gouvernement tente d'empêcher Q107 de pousser l'expression de son opinion quant aux qualifications de M. Davidson au-delà des faits énoncés dans la lettre. Le préjudice qu'il voulait prévenir, c'est-à-dire la diminution des perspectives d'emploi de M. Davidson, n'est pertinent que pour les fins d'une analyse fondée sur l'article premier et non pour celles d'une analyse fondée sur l'al. 2*b*).

IV

L'article premier de la *Charte*

Le critère de base applicable à une analyse fondée sur l'article premier, qui a été formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, a été examiné dans les motifs du juge Lamer et il n'est pas nécessaire de le reproduire en l'espèce.

1989 CanLII 92 (SCC)

1. *Importance of the Objective*

I am in firm agreement with the conclusions of Lamer J. about the importance of the objective sought to be achieved by the positive order, namely, counteracting the effects of the unjust dismissal by enhancing the ability of the employee to seek new employment without being lied about by the previous employer. This is also the objective of the negative order which, in the words of Mahoney J. in the Federal Court of Appeal, at p. 260, was designed to "forclos[e] the undermining of [the] effect" of the positive order. Both orders seek to achieve the same goal, the negative order complementing and reinforcing the positive order.

It cannot be overemphasized that the adjudicator's remedy in this case was a legislatively-sanctioned attempt to remedy the unequal balance of power that normally exists between an employer and employee. Thus, in a general sense, this case falls within a class of cases in which the governmental objective is that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, I stated for the majority at p. 779:

> In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons. When the interests of more than seven vulnerable employees in securing a Sunday holiday are weighed against the interests of their employer in transacting business on a Sunday, I cannot fault the Legislature for determining that the protection of the employees ought to prevail.

Consistent with the above view of the place of the *Charter*, I can think of no better way to describe the employment relationship than as expressed in Davies and Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed. 1983), at p. 18:

> [T]he relation between an employer and an isolated employee or worker is typically a relation between a bearer of power and one who is not a bearer of power. In its inception it is an act of submission, in its operation it

1. *L'importance de l'objectif*

Je suis parfaitement d'accord avec les conclusions tirées par le juge Lamer au sujet de l'importance de l'objectif visé par l'ordonnance positive, savoir la neutralisation des conséquences du congédiement injuste en accroissant les possibilités pour l'employé de chercher un nouvel emploi sans faire l'objet de mensonges de la part de son employeur précédent. C'est également l'objectif de l'ordonnance négative qui, pour reprendre les mots employés par le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale, à la p. 260, visait à «empêcher que . . . ne soit sapé [l'effet]» de l'ordonnance positive. Les deux ordonnances tendent au même but, la négative complétant et renforçant la positive.

On ne saurait trop insister sur le fait que le redressement accordé par l'arbitre en l'espèce constituait une tentative, sanctionnée par le législateur, de remédier à l'inégalité des forces qui existe normalement entre l'employeur et l'employé. Ainsi donc, en général, l'espèce relève d'une catégorie d'affaires où l'objectif gouvernemental est de protéger un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de ce groupe. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 779, j'ai affirmé au nom de la Cour à la majorité:

> Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés. Lorsque l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jouir d'un congé dominical est opposé à l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche, je ne saurais blâmer le législateur de décider que la protection des employés doit l'emporter.

Conformément au point de vue exprimé ci-dessus au sujet de la place qu'occupe la *Charte*, je ne vois aucune meilleure façon de décrire les relations employeur-employé que celle exprimée dans Davies et Freedland dans *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3e éd. 1983), à la p. 18:

> [TRADUCTION] [L]a relation entre un employeur et un employé ou un travailleur isolé est typiquement une relation entre une personne qui est en situation d'autorité et une personne qui ne l'est pas. À son début, il

1989 CanLII 92 (SCC)

is a condition of subordination . . . The main object of labour law has always been, and we venture to say will always be, to be a countervailing force to counteract the inequality of bargaining power which is inherent and must be inherent in the employment relationship. Most of what we call protective legislation—legislation on the employment of women, children and young persons, on safety in mines, factories, and offices, on payment of wages in cash, on guarantee payments, on race or sex discrimination, on unfair dismissal, and indeed most labour legislation altogether—must be seen in this context. It is an attempt to infuse law into a relation of command and subordination.

s'agit d'un acte de soumission, dans son fonctionnement, il s'agit d'un acte de subordination [. . .] L'objectif principal du droit du travail a toujours été et, nous nous permettons de dire, sera toujours de neutraliser l'inégalité du pouvoir de négociation qui est et doit être inhérent dans les relations employeur-employé. La majeure partie de ce que nous appelons la législation protectrice, savoir la législation sur l'embauchage des femmes, des enfants et des jeunes, sur la sécurité dans les mines, dans les usines et dans les bureaux, sur le paiement de salaires au comptant, sur les paiements de garantie, sur la discrimination fondée sur la race ou le sexe, sur les congédiements injustes, et, en fait, la majeure partie de la législation du travail tout entière, doivent être situées dans ce contexte. Il s'agit d'une tentative d'insuffler du droit dans une relation de commande et de subordination.

The objective of both the positive and negative orders made by adjudicator Joliffe is sensitive to the reality identified by Kahn-Freund, Davies and Freedland. The courts must be just as concerned to avoid constitutionalizing inequalities of power in the workplace and between societal actors in general. It must be recalled that *Oakes*, *supra*, at p. 136, stated that "[t]he 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." As long as the proportionality test is met, it would not, on the facts of this case, be in accordance with those underlying principles and values for the *Charter* to be successfully invoked by an employer. The inequality in one employment relationship would be continued even after its termination with the result that the worker looking for a new job would be placed in an even more unequal bargaining position *vis-à-vis* prospective employers than is normally the case. On the facts of this case, constitutionally protecting freedom of expression would be tantamount to condoning the continuation of an abuse of an already unequal relationship.

L'objectif des ordonnances positive et négative rendues par l'arbitre Joliffe répond à la réalité reconnue par Kahn-Freund, Davies et Freedland. Les tribunaux doivent tout autant prendre soin d'éviter de constitutionnaliser les inégalités de pouvoir au lieu de travail et entre les intervenants sociaux en général. Il faut se rappeler que la Cour a affirmé à la p. 136 de l'arrêt *Oakes*, précité, que «[l]es 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». Du moment que le critère de la proportionnalité est respecté, ce serait, dans les circonstances de la présente affaire, s'écarter de ces principes et de ces valeurs sous-jacents que de permettre à un employeur d'invoquer avec succès la *Charte*. L'inégalité dans des relations de travail se poursuivrait même après la cessation de l'emploi avec cette conséquence que le travailleur qui se chercherait un nouvel emploi serait placé dans une position de négociation, vis-à-vis des employeurs éventuels, encore plus inégale que c'est habituellement le cas. Compte tenu des faits de l'espèce, accorder une protection constitutionnelle à la liberté d'expression équivaudrait à fermer les yeux sur la continuation d'un abus de relations de travail déjà inégales.

1989 CanLII 92 (SCC)

2. *Proportionality*

(a) Rational Connection

The negative order is very much rationally linked to the objective, no less than the positive order. The adjudicator was plainly of the view that the respondent had been the subject of some kind of personal vendetta or "set-up", as Mahoney J. termed it, *supra*, at p. 258, which had been initiated by the employer's general manager and executed by its sales manager, the latter of whom was Mr. Davidson's immediate superior.

As I have indicated, the representative of the employer was found to have engaged in bad faith and duplicitous conduct, giving misleading evidence about the Mr. Davidson's work performance both at the time of his dismissal and during the unjust dismissal hearing. Further, in deciding that reinstatement was not a viable remedy, the adjudicator gave as his reason that "[t]here is no sign that he would receive fair treatment by an employer which has made such vigorous efforts to justify the indefensible". With this proven history of promoting a fabricated version of the quality of Mr. Davidson's service and the concern that the employer would continue to treat him unfairly if he went back to work for the employer, it was rational for the adjudicator to attach a rider to the order for a reference letter so as to ensure that representatives of the employer did not subvert the effect of the letter by unjustifiably maligning its previous employee in the guise of giving a reference.

(b) Minimal Impairment

In my view, there was no less intrusive measure that the adjudicator could have taken and still have achieved the objective with any likelihood. To the extent there was a likelihood that representatives of Q107 would not be content to pass on the letter of reference absent the kind of untrue comments that had resulted in the finding of unjust dismissal, the letter of reference would have been rendered illusory to the same degree of likelihood.

2. *La proportionnalité*

a) Le lien rationnel

L'ordonnance négative, tout comme l'ordonnance positive, est dans une très large mesure rationnellement liée à l'objectif poursuivi. L'arbitre a clairement estimé que l'intimé avait fait l'objet d'un genre de vendetta personnelle ou d'un «coup monté», pour reprendre l'expression du juge Mahoney, précité, à la p. 258, qui avait été imaginé par le directeur général de l'employeur et mis à exécution par sa directrice des ventes qui était le supérieur immédiat de M. Davidson.

Comme je l'ai déjà indiqué, on a conclu que le représentant de l'employeur avait fait preuve de mauvaise foi et de duplicité en rendant un témoignage trompeur sur le rendement de M. Davidson tant au moment de son renvoi qu'au cours de l'audition relative au congédiement injuste. De plus, en décidant que la réintégration n'était pas un redressement viable, l'arbitre a motivé sa décision en affirmant que «[r]ien n'indique qu'il ferait l'objet d'un traitement équitable de la part d'un employeur qui a tout tenté pour justifier l'indéfendable». Étant donné cette histoire prouvée consistant à favoriser une version fabriquée de la qualité des services de M. Davidson et la crainte que l'employeur continue de le traiter injustement s'il revenait travailler pour lui, il était logique que l'arbitre prescrive dans l'ordonnance une lettre de recommandation pour s'assurer que les représentants de l'employeur ne détruiraient pas l'effet de la lettre en disant, sans justification, du mal de son employé antérieur sous prétexte de donner des références.

b) L'atteinte minimale

À mon avis, il n'y avait aucune autre mesure moins envahissante que l'arbitre aurait pu prendre et qui lui aurait vraisemblablement permis d'atteindre quand même l'objectif. Dans la mesure où il était probable que les représentants de Q107 ne se contenteraient pas de transmettre la lettre de recommandation sans faire le genre de commentaires mensongers qui avaient entraîné la conclusion qu'il y avait eu congédiement injuste, il était tout aussi probable que la lettre de recommandation deviendrait illusoire.

1989 CanLII 92 (SCC)

While an order of additional monetary compensation would clearly be less intrusive upon the appellant's freedom of expression, it would not be an acceptable substitute. Even if the adjudicator had ordered that the Mr. Davidson could come back once he had secured a job and be granted compensation, above and beyond unemployment insurance, for the actual period out of work, this would only be compensation for the economic effects of lack of employment not the personal effects. This is directly contrary to the objective sought to be achieved by the order, which is securing new employment in the shortest order possible; the corollary of this objective is, of course, a concern to alleviate the personal problems associated with being out of work. As Professor Beatty puts it in "Labour is not a Commodity" in Reiter and Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980), at pp. 323-24:

> The personal meaning of work is seen to go beyond rather than to be completely dependent upon the purposes of production ... [R]eflecting the characterization of humans as, for the most part, doers and makers, the identity aspect of employment is increasingly seen to serve deep psychological needs ... It recognizes the importance of providing the members of society with an opportunity to realize some sense of identity and meaning, some sense of worth in the community beyond that which can be taken from the material product of the institution ... [E]mployment is seen as providing recognition of the individual's being engaged in something worthwhile ... [E]mployment comes to represent the means by which most members of our community can lay claim to an equal right of respect and of concern from others. It is this institution through which most of us secure much of our self-respect and self-esteem. With such an emphasis on contributing to society one avoids the demoralization that inevitably attends idleness and exile, even when it is assuaged by social assistance.

Monetary compensation can only be an alternative measure if labour is treated as a commodity and every day without work seen as being exhaustively reducible to some pecuniary value. As I had occasion to say in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R.

Certes, une ordonnance de versement d'une indemnité monétaire additionnelle empiéterait nettement moins sur la liberté d'expression de l'appelante, mais ce ne serait pas un substitut acceptable. Même si l'arbitre avait ordonné que M. Davidson puisse revenir une fois qu'il aurait obtenu un emploi et reçu une indemnité, en plus des prestations d'assurance-chômage, pour la période vraiment chômée, il s'agirait seulement d'une indemnité pour les conséquences économiques du chômage et non pour les conséquences personnelles. Cela va directement à l'encontre de l'objectif visé par l'ordonnance, c'est-à-dire l'obtention d'un nouvel emploi dans les plus brefs délais possibles; cet objectif a, bien entendu, pour corollaire le souci de soulager les problèmes personnels associés au fait d'être sans emploi. Comme l'affirme le professeur Beatty dans son article intitulé «Labour is not a Commodity», dans Reiter et Swan, éd., *Studies in Contract Law* (1980), aux pp. 323 et 324:

> [TRADUCTION] Le sens que revêt le travail pour l'individu est perçu comme étant d'une plus grande portée et ne dépend pas complètement des fins de la production [...] [R]eflétant la caractérisation des êtres humains en tant, pour la plupart, que personnes actives et productives, l'aspect «identité» de l'emploi est de plus en plus considéré comme répondant à des besoins psychologiques profonds [...] Il reconnaît l'importance de fournir aux membres de la société la possibilité d'avoir une identité propre, d'avoir de l'importance et de se valoriser dans la collectivité, et ce, indépendamment de ce qu'on peut tirer du produit matériel de l'institution [...] [L]'emploi est perçu comme permettant de reconnaître que l'individu s'adonne à une activité valable [...] [L]'emploi finit par représenter le moyen par lequel la plupart des membres de notre collectivité peuvent prétendre à un droit égal au respect et à la considération des autres. C'est par cette institution que la plupart d'entre nous acquérons, pour une grande part, le respect de soi et la dignité personnelle. L'accent étant mis sur les contributions qu'on apporte à la société, on évite la démoralisation qui accompagne inévitablement l'oisiveté et l'exil, lors même qu'elle serait soulagée par l'aide sociale.

L'indemnisation monétaire ne peut être qu'une mesure de rechange si le travail est assimilé à un produit et si chaque jour sans travail est considéré comme étant parfaitement réductible à une valeur monétaire. Comme je l'ai affirmé dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations*

1989 CanLII 92 (SCC)

313, at p. 368, "[a] person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being." Viewing labour as a commodity is incompatible with such a perspective, which is reflected in the remedial objective chosen by the adjudicator. To posit monetary compensation as a less intrusive measure is, in effect, to challenge the legitimacy of the objective.

Consider the facts of this particular case. The letter was tightly and carefully designed to reflect only a very narrow range of facts which, we saw, were not really contested. As already discussed, unlike in *National Bank*, *supra*, the employer has not been forced to state opinions ("views and sentiments", *per* Beetz J., at p. 295) which are not its own. Rather, the negative order seeks to prevent the employer from passing on an opinion, such prohibition being closely tied to the history of abuse of power which had been found to exist. Furthermore, that prohibition is very circumscribed. Firstly, it is triggered only in cases when the appellant is contacted for a reference and, secondly, there is no requirement to send the letter to anyone other then prospective employers. In sum, this is a much less intrusive and carefully designed order than that in *National Bank* in which the bank was required to send to a very large audience (all the employees and management staff of the bank) what amounted to a letter of contrition which conveyed the impression that certain opinions expressed therein were those of the employer.

Finally, it cannot be ignored that a letter such as this may not have a great beneficial impact on an employee's job hunt. The letter is very neutral in tone, totally unembellished as it is by any opinion customary in letters of reference, and it refers to the fact of the finding of unjust dismissal. It seems to me that the adjudicator went no further than was necessary to achieve the objective and, even then, the measures adopted by the adjudicator cannot be said to have done more than to have

Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, «[l]'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel». Considérer le travail comme étant un produit est incompatible avec une telle perspective qui ressort de l'objectif de redressement choisi par l'arbitre. Présenter l'indemnisation monétaire comme une mesure moins envahissante revient en fait à contester la légitimité de l'objectif.

Examinons maintenant les faits de l'espèce. La lettre a été fermement et soigneusement conçue pour exposer seulement une variété très restreinte de faits qui, nous l'avons vu, n'étaient pas véritablement contestés. Comme je l'ai déjà dit, à la différence de l'arrêt *Banque Nationale*, précité, on n'a pas forcé l'employeur à exprimer des opinions («opinions et sentiments», le juge Beetz, à la p. 295) différentes des siennes. L'ordonnance négative vise plutôt à empêcher l'employeur de transmettre une opinion, cette interdiction étant intimement liée à l'histoire d'abus de pouvoir dont on avait conclu à l'existence. De plus, cette interdiction est très circonscrite. En premier lieu, elle ne s'applique que dans les cas où on communique avec l'appelante en vue d'obtenir des références et, en second lieu, il n'y a aucune obligation d'envoyer la lettre à quelqu'un d'autre que les employeurs éventuels. Somme toute, il s'agit d'une ordonnance soigneusement conçue et beaucoup moins envahissante que celle de l'arrêt *Banque Nationale* où la banque était tenue d'envoyer à un très grand nombre de gens (tous les employés et le personnel de direction de la banque) ce qui équivalait à une lettre de contrition qui donnait l'impression que certaines opinions y exprimées étaient celles de l'employeur.

Enfin, on ne peut passer sous silence le fait qu'il se peut qu'une lettre comme celle dont il est question n'ait pas un effet bénéfique sur la recherche d'emploi par un employé. La lettre a un ton très neutre, et n'est pas du tout enjolivée par une opinion qu'on trouve habituellement dans les lettres de recommandation, et elle mentionne le fait qu'on a conclu à un congédiement injuste. Il me semble que l'arbitre s'est contenté de faire le strict nécessaire pour atteindre l'objectif et, même là, on

1989 CanLII 92 (SCC)

enhanced, as opposed to having ensured, the chances of the respondent finding a job. The adjudicator did not in any sense pursue the objective without regard to the appellant's right to free expression.

(c) Deleterious Effects

It is clear to me that the effects of the measures are not so deleterious as to outweigh the objective of the measures. The importance of the above-discussed objective cannot be overemphasized. There are many diverse values that deserve protection in a free and democratic society such as that of Canada, only some of which are expressly provided for in the *Charter*. The underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights. As was said in *Oakes*, *supra*, at p. 136, among the underlying values essential to our free and democratic society are "the inherent dignity of the human person" and "commitment to social justice and equality". Especially in light of Canada's ratification of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, G.A. Res. 2200 A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), and commitment therein to protect, *inter alia*, the right to work in its various dimensions found in Article 6 of that treaty, it cannot be doubted that the objective in this case is a very important one. In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, I had occasion to say at p. 349:

> The content of Canada's international human rights obligations is, in my view, an important indicia of the meaning of the "full benefit of the *Charter*'s protection". I believe that the *Charter* should generally be presumed to provide protection at least as great as that afforded by similar provisions in international human rights documents which Canada has ratified.

Given the dual function of s. 1 identified in *Oakes*, Canada's international human rights obligations should inform not only the interpretation of the

peut dire que les mesures qu'il a prises n'ont rien fait de plus qu'améliorer la possibilité que l'intimé se trouve un emploi, plutôt que d'assurer qu'il s'en trouve un. L'arbitre n'a nullement poursuivi l'objectif sans tenir compte du droit de l'appelante à la liberté d'expression.

c) Les effets préjudiciables

À mon avis, il est clair que les effets des mesures ne sont pas préjudiciables au point de l'emporter sur leur objectif. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'objectif analysé précédemment. Il existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d'être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d'entre elles sont expressément prévues dans la *Charte*. Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136, parmi les valeurs fondamentales essentielles à notre société libre et démocratique figurent «la dignité inhérente de l'être humain» et «la promotion de la justice et de l'égalité sociales». Compte tenu particulièrement de la ratification par le Canada du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (nº 16) 49, Doc. A/6316 N.U. (1966), et de l'engagement qu'on y trouve de protéger notamment le droit de travailler sous ses divers aspects figurant à l'article 6 de ce traité, on ne peut douter de l'importance très grande de l'objectif en l'espèce. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, j'ai affirmé à la p. 349:

> Le contenu des obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne est, à mon avis, un indice important du sens de l'expression «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*». Je crois qu'il faut présumer, en général, que la *Charte* accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada a ratifiés en matière de droits de la personne.

Étant donné la double fonction de l'article premier que l'on a identifiée dans l'arrêt *Oakes*, les obligations internationales du Canada en matière de

1989 CanLII 92 (SCC)

content of the rights guaranteed by the *Charter* but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights. Furthermore, for purposes of this stage of the proportionality inquiry, the fact that a value has the status of an international human right, either in customary international law or under a treaty to which Canada is a State Party, should generally be indicative of a high degree of importance attached to that objective. This is consistent with the importance that this Court has placed on the protection of employees as a vulnerable group in society.

In normal course, the suppression of one's right to express an opinion about a subject or person will be a serious infringement of s. 2(*b*) and only outweighed by very important objectives. In the foregoing analysis, I have sought to show that the negative order was minimally intrusive in a relative sense and also that the careful tailoring of both parts of the order has made this a much less serious infringement of s. 2(*b*) than, for instance, occurred in the *National Bank* case.

V

Conclusion

In conclusion, I am of the opinion that both of the adjudicator's orders at issue (the positive order and the negative order) infringe s. 2(*b*) but are saved by s. 1. I would answer both constitutional questions in the affirmative and dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J. (dissenting)—

I—Introduction

I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by Justice Lamer and then the reasons for judgment written by the Chief Justice. I refer to their statements of the facts, proceedings and constitutional questions as well as

droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits. De plus, aux fins de cette étape de l'examen de la proportionnalité, le fait qu'une valeur ait le statut d'un droit de la personne international, soit selon le droit international coutumier, soit en vertu d'un traité auquel le Canada est un État partie, devrait en général dénoter un degré élevé d'importance attaché à cet objectif. Cela est en accord avec l'importance que la Cour attribue à la protection des employés en tant que groupe vulnérable dans la société.

Normalement, la suppression de son droit d'exprimer une opinion sur un sujet ou une personne constitue une violation grave de l'al. 2*b*) et n'est compensée que par de très importants objectifs. Dans l'analyse qui précède, j'ai cherché à démontrer que l'ordonnance négative était, relativement parlant, la moins envahissante possible, et que la conception soignée des deux parties de l'ordonnance a fait que celle-ci viole l'al. 2*b*) dans une mesure bien moins grave que ce qui s'est produit notamment dans l'affaire *Banque Nationale*.

V

Conclusion

En conclusion, j'estime que les deux ordonnances contestées de l'arbitre (la positive et la négative) violent l'al. 2*b*), mais qu'elles sont sauvegardées par l'article premier. Je suis d'avis de répondre par l'affirmative aux deux questions constitutionnelles et de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ (dissident)—

I—Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de jugement rédigés par le juge Lamer et puis de ceux du Juge en chef. Je me réfère à leur exposé des faits, des procédures et des questions constitutionnelles, ainsi

1989 CanLII 92 (SCC)

to their summary of the decisions rendered by the adjudicator and the Federal Court of Appeal.

Like the Chief Justice, I am in agreement with Lamer J.'s discussion of the applicability of the *Charter* to administrative decision-making. I also agree with Lamer J.'s construction of s. 61.5(9)(*c*) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.

However, I have the misfortune of not being able to concur with one of the two main conclusions reached by both my colleagues, and while I agree with the other main conclusion reached by Lamer J., I do so for reasons which differ in part from his own reasons.

The two impugned orders issued by the adjudicator in the case at bar read as follows:

Under the power given me by paragraph (c) in subsection (9) of Section 61.5, I further order:

That the employer give the complainant a letter of recommendation, with a copy to this adjudicator, certifying that:

(1) Mr. Ron Davidson was employed by Station Q107 from June, 1980, to January 20, 1984, as a radio time salesman;

(2) That his sales "budget" or quota for 1981 was $248,000 of which he achieved 97.3 per cent;

(3) That his sales "budget" or quota for 1982 was $343,500 of which he achieved 100.3 per cent;

(4) That his sales "budget" or quota for 1983 was $402,200 of which he achieved 114.2 per cent;

(5) That following termination in January, 1984, an adjudicator (appointed by the Minister of Labour) after hearing the evidence and representations of both parties, held that the termination had been an unjust dismissal.

I further order that any communication to Q107, its management or staff, whether received by letter, telephone or otherwise, from any person or company inquiring about Mr. Ron Davidson's employment at Q107, shall be answered exclusively by sending or delivering a copy of the said letter of recommendation.

qu'à leur résumé des décisions rendues par l'arbitre et par la Cour d'appel fédérale.

À l'instar du Juge en chef, je suis d'accord avec l'analyse que le juge Lamer a faite de l'applicabilité de la *Charte* au processus décisionnel administratif, et je suis également d'accord avec son interprétation de l'al. 61.5(9)*c*) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, modifié par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21.

Toutefois, je regrette de ne pouvoir souscrire à l'une des deux principales conclusions tirées par mes deux collègues, et, bien que je sois d'accord avec l'autre conclusion principale du juge Lamer, je le suis pour des motifs qui diffèrent en partie de ses propres motifs.

Les deux ordonnances contestées qui ont été délivrées par l'arbitre en l'espèce sont ainsi rédigées:

En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa *c*) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000 $ et qu'il a atteint 97,3 % de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500 $ et qu'il a atteint 100,3 % de ce budget;

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200 $ et qu'il a atteint 114,2 % de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée.

1989 CanLII 92 (SCC)

The first order, which has been labeled the positive order, relates to a letter of recommendation comprising five attestations numbered (1) to (5).

The second order, which has been labeled the negative order, forbids the appellant to answer any inquiry about the respondent's employment at Q107 otherwise than by the letter of recommendation dictated by the adjudicator in the first order.

The main issues are whether these two orders infringe or deny the freedoms guaranteed to the appellant by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether they are justified by s. 1 of the *Charter*.

Sections 1 and 2(*b*) of the *Charter* provide:

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

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

I state my conclusions at the outset. In my view, the first order, that is the positive one, except attestation number (5) thereof, as well as the second order, that is the negative one in its entirety, violate the appellant's freedom of opinion and expression and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

I hasten to add that the flaw which I find in the first order can easily be corrected. As for the second order, it can be replaced by another order which tends toward the same end without violating the *Charter*.

II—The First Order

The flaw which I find in the first order, with particular reference to its attestations numbered (1) to (4), is that this order forces the employer to

La première ordonnance, qualifiée de positive, se rapporte à une lettre de recommandation qui comprend cinq attestations numérotées de (1) à (5).

La deuxième ordonnance, qualifiée de négative, interdit à l'appelante de répondre à toute demande de renseignements au sujet de l'emploi de l'intimé à la station Q107 autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation dictée par l'arbitre dans la première ordonnance.

Il s'agit principalement de savoir si ces deux ordonnances portent atteinte aux libertés garanties à l'appelante par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si elles sont justifiées par l'article premier de la *Charte*.

L'article premier et l'al. 2*b*) de la *Charte* sont ainsi conçus:

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

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

Je formule tout d'abord mes conclusions. À mon avis, la première ordonnance, c'est-à-dire la positive, à l'exception de sa cinquième attestation, ainsi que la deuxième ordonnance, c'est-à-dire la négative dans son intégralité, violent la liberté d'opinion et la liberté d'expression de l'appelante et ne sauraient être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je m'empresse d'ajouter qu'il est facile de remédier au vice qui, selon moi, entache la première ordonnance. Quant à la deuxième ordonnance, on peut la remplacer par une autre qui tend à la même fin sans pour autant violer la *Charte*.

II—La première ordonnance

Le vice qui, selon moi, entache la première ordonnance, particulièrement en ce qui concerne ses attestations numérotées de (1) à (4), réside

1989 CanLII 92 (SCC)

write, as if they were his own, statements of facts in which, rightly or wrongly, he may not believe, or which he may ultimately find or think to be inaccurate, misleading or false. In other words, the first order may force the former employer to tell a lie. In this particular respect, this case cannot in my opinion be distinguished from the case of *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, where a majority of this Court held as follows at p. 296:

> Remedies Nos. 5 and 6 thus force the Bank and its president to do something, and to write a letter, which may be misleading or untrue.
>
> This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada, even for the repression of the most serious crimes. I cannot be persuaded that the Parliament of Canada intended to confer on the Canada Labour Relations Board the power to impose such extreme measures, even assuming that it could confer such a power bearing in mind the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression. These freedoms guarantee to every person the right to express the opinions he may have: *a fortiori* they must prohibit compelling anyone to utter opinions that are not his own.

It was argued that the case at bar is different in that the letter of recommendation in question is totally factual and that the facts stated therein and found by the adjudicator were undisputed. In the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 253, Mahoney J. accepted this argument. He wrote at p. 260:

> I am, of course, aware of the decision in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269. The letter ordered in that case required the employer to express, or at least imply, opinions which it did not necessarily hold. Here, the applicant has simply been ordered to tell the truth. The letter sets out bald facts that are neither misleading nor disputed. [Emphasis added.]

With the greatest of respect, in so accepting the argument, Mahoney J. missed the point altogether and begged the essential question: what is the truth? The facts found to be true by the adjudicator are binding for the purpose of establishing

dans le fait que cette ordonnance force l'employeur à rédiger des exposés de faits comme s'il s'agissait d'exposés de son propre cru, auxquels, à tort ou à raison, il ne croit peut-être pas, ou qu'il peut en fin de compte trouver ou estimer inexacts, trompeurs ou faux. Autrement dit, la première ordonnance peut forcer l'employeur à mentir. À cet égard particulier, on ne saurait, à mon avis, distinguer l'espèce de l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, où cette Cour à la majorité affirme, à la p. 296:

> Les remèdes n° 5 et n° 6 forcent donc la Banque et son président à poser un geste et à écrire une lettre peut-être trompeurs ou mensongers.
>
> Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada, même pour la répression des actes criminels les plus graves. Je ne puis me convaincre que le Parlement du Canada ait voulu conférer au Conseil canadien des relations du travail le pouvoir d'imposer des mesures aussi extrêmes, si tant est qu'il soit habile à le faire, vu la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Ces libertés garantissent à chacun le droit d'exprimer les opinions qu'il peut avoir: à plus forte raison interdisent-elles que l'on contraigne quiconque à professer des opinions peut-être différentes des siennes.

Il a été allégué que la présente affaire est différente en ce que la lettre de recommandation repose totalement sur des faits, et que les faits y exposés et constatés par l'arbitre n'étaient pas contestés. Le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale a accepté cet argument: [1985] 1 C.F. 253. Voici ce qu'il écrit, à la p. 260:

> Je connais, il va de soi, la décision *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269. La lettre dont on ordonnait l'envoi dans cette affaire obligeait l'employeur à formuler, ou à tout le moins à sous-entendre, des opinions qu'il ne partageait pas nécessairement. En l'espèce, on a tout simplement ordonné à la requérante de dire la vérité. La lettre énonce simplement des faits qui ne sont ni trompeurs ni contestés. [Je souligne.]

J'estime en toute déférence qu'en acceptant ainsi cet argument, le juge Mahoney n'a rien compris et a éludé la question essentielle: quelle est la vérité? Les faits que l'arbitre a jugés exacts s'imposent aux fins d'établir s'il y a eu congédie-

1989 CanLII 92 (SCC)

whether or not there had been an unjust dismissal. But the former employer cannot be forced to acknowledge and state them as the truth apart from his belief in their veracity. If he states these facts in the letter, as ordered, but does not believe them to be true, he does not tell the truth, he tells a lie. He may not have disputed these facts at the time of the hearing but he could change his mind later, for instance on the basis of evidence discovered after the adjudicator's decision was rendered.

There may be a distinction, somewhat difficult to apply, between being forced to express opinions or views which one does not necessarily entertain, and being compelled to state facts, the veracity of which one does not necessarily believe; but, in my opinion, both types of coercion constitute gross violations of the freedoms of opinion and expression or, at the very least, of the freedom of expression. That is why, with respect, I cannot possibly agree with the suggestion that the restriction to freedom of expression which results from the first order is not very serious or very grave. The superficial innocuousness of the first order should not blind us to the nature of this order and to the positive manner in which it violates the freedom of expression. It is one thing to prohibit the disclosure of certain facts. It is quite another to order the affirmation of facts, apart from belief in their veracity by the person who is ordered to affirm them. The prohibition constitutes a *prima facie* violation of the freedoms of opinion and expression but such a prohibition may, in some circumstances, be justified under s. 1 of the *Charter*. On the other hand, to order the affirmation of facts, apart from belief in their veracity by the person who is ordered to affirm them, constitutes a much more serious violation of the freedoms of opinion and expression, as was held in the case of the *National Bank of Canada*, *supra*. In my view, such a violation is totalitarian in nature and can never be justified under s. 1 of the *Charter*. It does not differ, essentially, from the command given to Galileo by the Inquisition to abjure the cosmology of Copernicus. As was stated in the unanimous reasons of this Court in *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, s. 1 of the

ment injuste. Mais on ne saurait forcer l'ancien employeur à les reconnaître et à les exposer comme si c'était de la vérité, sans tenir compte de sa croyance à leur exactitude. S'il expose ces faits dans la lettre, comme il lui a été ordonné de le faire, mais qu'il ne croie pas à leur exactitude, il ne dit pas la vérité, il ment. Il n'a peut-être pas contesté ces faits au moment de l'audition, mais il se pourrait, par exemple, que les éléments de preuve découverts après que la décision de l'arbitre eut été rendue le fasse changer d'avis.

Il peut y avoir une distinction, qu'il est quelque peu difficile d'appliquer, entre le fait d'être forcé à exprimer des opinions ou des points de vue qu'on ne partage pas nécessairement, et le fait d'être contraint à exposer des faits, dont on ne croit pas nécessairement à l'exactitude; mais j'estime que ces deux types de coercition constituent des violations flagrantes des libertés d'opinion et d'expression ou, à tout le moins, de la liberté d'expression. C'est la raison pour laquelle je ne saurais, en toute déférence, partager l'idée que la restriction de la liberté d'expression qui découle de la première ordonnance n'est ni très sérieuse ni très grave. L'innocuité superficielle de la première ordonnance ne devrait pas nous empêcher de constater sa nature et la manière positive dont elle viole la liberté d'expression. C'est une chose que d'interdire la divulgation de certains faits. C'est une toute autre chose que d'ordonner la confirmation de faits sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui reçoit l'ordre de les confirmer. L'interdiction viole à première vue les libertés d'opinion et d'expression, mais une telle interdiction peut, dans certaines circonstances, être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. D'autre part, ordonner la confirmation de faits, sans tenir compte de la croyance à leur exactitude par la personne qui reçoit l'ordre de les confirmer, constitue une violation beaucoup plus grave des libertés d'opinion et d'expression, ainsi qu'il a été statué dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada*, précité. À mon avis, une telle violation revêt un caractère totalitaire et ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Essentiellement, elle équivaut à l'ordre donné à Galilée par l'Inquisition d'abjurer la cosmologie de Copernic. Tel que précisé dans les motifs unanimes de

1989 CanLII 92 (SCC)

Charter cannot be used to justify a complete negation of a constitutionally protected right or freedom, at p. 88:

> The provisions of s. 73 of *Bill 101* collide directly with those of s. 23 of the *Charter*, and are not limits which can be legitimized by s. 1 of the *Charter*. Such limits cannot be exceptions to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* nor amount to amendments to the *Charter*. An Act of Parliament or of a legislature which, for example, purported to impose the beliefs of a State religion would be in direct conflict with s. 2(*a*) of the *Charter*, which guarantees freedom of conscience and religion, and would have to be ruled of no force or effect without the necessity of even considering whether such legislation could be legitimized by s. 1. [Emphasis added.]

(See also the *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, with respect to *The Accurate News and Information Act* of Alberta.)

In spite of its gravity however, and as indicated earlier, the flaw which I find in the first order can easily be corrected. It would suffice to add to the letter a sentence or sentences indicating that the attestations numbered (1) to (4) refer to facts as found by the adjudicator.

As for attestation number (5), it does not give rise to any difficulty in my view since it refers to a matter of record.

III—The Second Order

The second order is in the form of a prohibition to answer enquiries relating to the respondent's employment at Q107 otherwise than be the letter of recommendation described in the first order.

I agree with Lamer J. that the sending of the letter as drafted by the adjudicator, coupled with the prohibition to say or write anything else could lead to the implication that the former employer has no further comment to make upon the performance of the respondent and that, accordingly, the letter reflects the opinion of the former

cette Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, à la p. 88, on ne saurait recourir à l'article premier de la *Charte* pour justifier la négation complète d'un droit ou d'une liberté que protège la Constitution:

> Les dispositions de l'art. 73 de la *Loi 101* heurtent de front celles de l'art. 23 de la *Charte* et ne sont pas des restrictions qui peuvent être légitimées par l'art. 1 de la *Charte*. Ces restrictions ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés garanties par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*. Une loi du Parlement ou d'une législature qui par exemple prétendrait imposer les croyances d'une religion d'État entrerait en conflit direct avec l'al. 2*a*) de la *Charte* qui garantit la liberté de conscience et de religion, et devrait être déclarée inopérante sans qu'il y ait même lieu de se demander si une telle loi est susceptible d'être légitimée par l'art. 1. [Je souligne.]

(Voir également *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, concernant *The Accurate News and Information Act* de l'Alberta.)

Malgré la gravité du vice qui, selon moi, entache la première ordonnance, on peut néanmoins, comme je l'ai indiqué plus haut, y remédier facilement. Il suffirait d'ajouter à la lettre une phrase ou des phrases indiquant que les attestations numérotées de (1) à (4) se rapportent aux faits constatés par l'arbitre.

Pour ce qui est de la cinquième attestation, j'estime qu'elle ne pose aucune difficulté puisqu'elle a trait à un fait consigné.

III—La deuxième ordonnance

La deuxième ordonnance prend la forme d'une interdiction de répondre aux demandes de renseignements concernant l'emploi de l'intimé à la station Q107 autrement que par l'envoi de la lettre de recommandation décrite dans la première ordonnance.

Je conviens avec le juge Lamer que l'envoi de la lettre telle qu'elle a été rédigée par l'arbitre, accompagné de l'interdiction de dire ou d'écrire quoi que ce soit d'autre, pourrait laisser insinuer que l'employeur n'a pas d'autres remarques à faire au sujet du rendement de l'intimé et que, par conséquent, la lettre traduit l'opinion de l'ancien

1989 CanLII 92 (SCC)

employer. This being the case, the second order, coupled with the first, also violates the former employer's freedoms of opinion and expression in a manner which, for the reasons given above, cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

The risks of such an implication might be reduced and perhaps eliminated should the first order be corrected as I suggested earlier. But I believe that we must decide the case on the basis of the orders as they now stand, and not as we would if they were corrected.

In any event, I find the second order disproportionate and unreasonable. I believe one should view with extreme suspicion an administrative order or even a judicial order which has the effect of preventing the litigants from commenting upon and even criticizing the rulings of the deciding board or court.

Adjudicators and boards who, in cases of unjust dismissal, order the sending of letters of recommendation by former employers face a dilemma. They cannot foresee all the possible types of exchanges which are susceptible to occur between former and prospective employers. They accordingly issue a blanket and perpetual prohibition to write or say anything but what they have dictated in the letter of recommendation. This can lead to absurd and even counter-productive results.

Thus, in the case at bar, if after having received the letter dictated by the adjudicator, a prospective employer were to address specific questions to the former employer, relating for instance to the respondent's health or drinking habits, the appellant would have to go on answering with sales statistics. This could not but compromise the respondent's chances for employment. Or if the former employer finally saw the light and, out of remorse, became inclined to write a letter considerably more complimentary and flattering than the one dictated by the adjudicator, he could not do so.

The absurdity which results from the adjudicator's second order is sufficient to warrant its rever-

employeur. Puisque c'est le cas, la deuxième ordonnance, jointe à la première, viole également les libertés d'opinion et d'expression de l'ancien employeur d'une manière qui, pour les motifs exposés ci-dessus, ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le risque d'une telle insinuation pourrait être réduit et même éliminé si on rectifiait la première ordonnance comme je l'ai proposé plus haut. Mais j'estime que nous devons statuer sur l'affaire en fonction de l'état actuel des ordonnances, et non comme nous le ferions si des corrections y étaient apportées.

En tout état de cause, la deuxième ordonnance est, selon moi, disproportionnée et déraisonnable. J'estime qu'on devrait se méfier énormément d'une ordonnance administrative ou même d'une ordonnance judiciaire qui a pour effet d'empêcher les justiciables de commenter et même de critiquer les décisions d'une commission ou d'une cour.

Les arbitres et les commissions qui, dans les cas de congédiement injuste, ordonnent aux anciens employeurs d'envoyer des lettres de recommandation se trouvent devant un dilemme. Ils ne peuvent prévoir tous les types possibles d'échanges qui sont susceptibles d'avoir lieu entre les anciens employeurs et les employeurs éventuels. Ils imposent donc une interdiction générale et perpétuelle d'écrire ou de dire quoi que ce soit à l'exception de ce qu'ils ont dicté dans la lettre de recommandation. Cela peut conduire à des résultats absurdes et qui vont même à l'encontre du but recherché.

Ainsi donc, en l'espèce, si, après avoir reçu la lettre dictée par l'arbitre, un employeur éventuel devait poser des questions précises à l'ancien employeur sur par exemple la santé de l'intimé ou sa tempérance, l'appelante devrait continuer de répondre avec des statistiques de ventes. Cela ne pourrait que compromettre les chances d'emploi de l'intimé. Ou encore si l'ancien employeur avait enfin compris et si, à cause du remords, il devenait disposé à écrire une lettre beaucoup plus flatteuse que celle dictée par l'arbitre, il ne pourrait le faire.

L'absurdité qui découle de la deuxième ordonnance de l'arbitre suffit à justifier, à mon avis, son

1989 CanLII 92 (SCC)

sal, in my view. It is disproportionate and unreasonable from a practical point of view. Then it has to be unreasonable from an administrative law point of view and I have difficulty in conceiving how it could be reasonable within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

This being said, I agree that the adjudicator was legitimately concerned by the risk that the former employer undermine the effect of the letter of recommendation. While I believe that the prohibition he issued to foreclose that possibility is disproportionate and unreasonable, I think that other legitimate means might have been devised towards the same end. The adjudicator could for instance have ordered the former employer to write in the letter that he had been instructed by the adjudicator to tell prospective employers that they would be well advised to read the adjudicator's decision. I do not believe that such a neutral order would be punitive, but it might alert prospective employers to the animosity displayed by the former employer towards the respondent.

IV—Conclusions

One last point before I reach my conclusions properly so-called.

I would not like it to be thought that I condone the highly reprehensible conduct of the appellant. But under the *Charter*, freedom of opinion and freedom of expression are guaranteed to "everyone", employers and employees alike, irrespective of their labour practices and of their bargaining power.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal as well as the first and second order of the adjudicator quoted in these reasons for judgment, and refer the matter back to the adjudicator so that these orders be replaced by an order or orders compatible with these reasons.

I would give an affirmative answer to the first constitutional question and a negative answer to the second constitutional question.

I would not make any order as to costs.

annulation. Elle est disproportionnée et déraisonnable du point de vue pratique. Alors elle doit être déraisonnable sur le plan du droit administratif, et j'imagine difficilement qu'elle puisse être raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Cela étant dit, je conviens que l'arbitre se préoccupait légitimement du risque que l'ancien employeur mine l'effet de la lettre de recommandation. Bien que j'estime que l'interdiction qu'il a imposée pour écarter cette possibilité est disproportionnée et déraisonnable, on aurait pu, à mon avis, concevoir d'autres moyens légitimes pour atteindre la même fin. L'arbitre aurait pu par exemple enjoindre à l'ancien employeur d'écrire dans la lettre qu'il avait reçu de l'arbitre l'ordre de dire aux employeurs éventuels qu'il serait sage de leur part de prendre connaissance de la décision de l'arbitre. Je ne pense pas qu'eu égard à son ton neutre une telle ordonnance soit punitive, mais elle pourrait attirer l'attention des employeurs éventuels sur l'animosité de l'ancien employeur à l'égard de l'intimé.

IV—Conclusions

J'aborde un dernier point avant de tirer des conclusions proprement dites.

Je ne voudrais pas qu'on croie que je ferme les yeux sur le comportement extrêmement répréhensible de l'appelante. Mais en vertu de la *Charte*, les libertés d'opinion et d'expression sont garanties à «chacun», employeurs comme employés, sans tenir compte de leurs pratiques de travail et de leur pouvoir de négociation.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel fédérale ainsi que les première et deuxième ordonnances de l'arbitre citées dans les présents motifs de jugement et de renvoyer l'affaire à l'arbitre pour qu'il les remplace par une seule ou plusieurs ordonnances compatibles avec les présents motifs.

Je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle et par la négative à la deuxième question constitutionnelle.

Je suis d'avis de ne pas accorder de dépens.

1989CanLII 92 (SCC)

English version of the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—An adjudicator appointed by the Minister of Labour pursuant to s. 61.5(6) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, made an order in favour of an employee based on s. 61.5(9) of the Code. The employer challenged the said order but its appeal was dismissed by the Federal Court of Appeal. With leave of this Court, the employer is now appealing here from this judgment of the Federal Court of Appeal. The outcome of this appeal involves determining whether, under s. 61.5(9) of the *Canada Labour Code*, as it read at the time of his decision, the adjudicator had the power to make the order at issue.

Facts

Respondent had been employed by appellant as a "radio time salesman" for three and a half years when he was dismissed on the ground that his performance was inadequate. It is not in dispute that when he was dismissed respondent received all monies to which he was entitled under his employment contract.

However, respondent filed a complaint with an inspector alleging that he had been unjustly dismissed. As the parties were unable to settle this complaint and respondent asked that it be referred to an adjudicator, the Minister of Labour appointed an adjudicator to hear and decide the matter in accordance with the Code.

After hearing the evidence and the submissions of the parties, the adjudicator made an order directing the employer to pay respondent as compensation the sum of $46,628.96 with interest at the rate of 12 per cent and to pay his counsel the sum of $2,500 to reimburse him for the legal costs incurred. The said order further imposed on the employer an obligation to give respondent a letter of recommendation certifying that he had been employed by Station Q107 from June 1980 to January 20, 1984, and that an adjudicator had found he was unjustly dismissed and indicating the sales quotas he had been set and the amount of sales he actually made during this period. It should be noted that the order made specifically indicates

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—Un arbitre désigné par le ministre du Travail en vertu du par. 61.5(6) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, a, en se fondant sur le par. 61.5(9) de ce Code, rendu une ordonnance en faveur d'un employé. L'employeur a contesté ladite ordonnance mais son appel fut rejeté par la Cour d'appel fédérale. L'employeur, avec la permission de cette Cour, se pourvoit maintenant devant nous de cette décision de la Cour d'appel fédérale. L'issue de ce pourvoi consiste à déterminer si l'arbitre avait le pouvoir, aux termes du par. 61.5(9) du *Code canadien du travail*, tel qu'il se lisait lors du prononcé de sa décision, de rendre l'ordonnance contestée en l'espèce.

Les faits

L'intimé était à l'emploi de l'appelante à titre de «vendeur de temps d'antenne» depuis trois ans et demi lorsqu'il fut congédié au motif que son rendement était insuffisant. Il n'est pas contesté que l'intimé, lors de ce congédiement, a reçu toutes les sommes auxquelles il avait droit selon son contrat de travail.

L'intimé a toutefois déposé, auprès d'un inspecteur, une plainte alléguant qu'il avait été injustement congédié. Les parties n'ayant pas réussi à régler cette plainte et l'intimé en ayant réclamé le renvoi à un arbitre, le ministre du Travail a, conformément au Code, désigné un arbitre pour entendre et décider de l'affaire.

Après avoir entendu la preuve et les représentations des parties, l'arbitre a rendu une ordonnance enjoignant à l'employeur de payer à l'intimé la somme de 46 628,96 $ avec intérêts au taux de 12 pour 100 à titre de compensation et de payer à son procureur la somme de 2 500 $ à titre de remboursement des frais légaux encourus. Ladite ordonnance impose également à l'employeur l'obligation de remettre à l'intimé une lettre de recommandation certifiant que ce dernier a été à l'emploi de la station Q107 de juin 1980 au 20 janvier 1984, qu'un arbitre a jugé qu'il avait été congédié injustement et indiquant quels étaient les objectifs de vente qui lui avaient été assignés ainsi que le montant des ventes qu'il a effectivement

1989 CanLII 92 (SCC)

the amounts to be shown as sales quotas and as sales actually made. Finally, the order directed appellant to answer requests for information about respondent only by sending this letter of recommendation.

This order reads as follows:

In the matter of compensation, I am satisfied that had he not been dismissed, the sales and commissions of the complainant would have at least equalled those of 1983. After taking into consideration the fact that he worked until January 20, 1984, and received certain commissions (at reduced levels) thereafter, my order is that he be paid forthwith the equivalent of 75 per cent of his 1983 earnings of $62,171.95, being the sum of $46,628.96.

I further order that interest be paid at the rate of 12 per cent per annum, divided by two, on the said amount from January 20 to November 20, 1984. Thereafter interest will be payable on any unpaid balance at the rate of 12 per cent per annum, which is not to be divided by two.

I say nothing of the U.I.C. payments received by the complainant, which is a matter to be resolved between the complainant and the Commission.

I further order payment of legal costs in the amount of $2,500.00 to the complainant's solicitor and counsel, Mr. Morris Cooper.

Further orders are necessary, resembling the order made by Adjudicator Adams in the *Roberts* case, but in greater detail.

Under the power given me by paragraph (c) in subsection (9) of Section 61.5, I further order:

That the employer give the complainant a letter of recommendation, with a copy to this adjudicator, certifying that:

(1) Mr. Ron Davidson was employed by Station Q107 from June, 1980 to January 20, 1984, as a radio time salesman;

(2) That his sales "budget" or quota for 1981 was $248,000 of which he achieved 97.3 per cent;

(3) That his sales "budget" or quota for 1982 was $343,500 of which he achieved 100.3 per cent;

réalisées durant cette période. Il faut souligner que l'ordonnance rendue indique précisément les montants devant apparaître au chapitre des objectifs de vente et au chapitre des ventes effectivement réalisées. L'ordonnance enjoint finalement à l'appelante de ne répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé que par l'envoi de cette lettre de recommandation.

Cette ordonnance est ainsi rédigée:

En ce qui concerne l'indemnité, je suis convaincu que, si le plaignant n'avait pas été congédié, ses ventes et ses commissions auraient au moins égalé celles de 1983. Après avoir pris en considération le fait qu'il a travaillé jusqu'au 20 janvier 1984 et qu'il a reçu par la suite certaines commissions (à des taux réduits), j'ordonne qu'il lui soit versé l'équivalent de 75 % de ses gains de 1983, qui se montent à 62 171,95 $, soit la somme de 46 628,96 $.

J'ordonne en outre qu'on lui verse un intérêt de 12 % par année, divisé par deux, sur le montant susmentionné, pour la période allant du 20 janvier au 20 novembre 1984. Par la suite, l'intérêt sur tout montant dû impayé sera versé au taux de 12 % par année, lequel ne sera pas divisé par deux.

Pour ce qui est des prestations d'assurance-chômage que le plaignant a reçues, la question sera résolue entre lui-même et la Commission.

J'ordonne aussi le paiement de 2 500 $ au titre des frais juridiques à l'avocat du plaignant, M. Morris Cooper.

D'autres ordonnances s'imposent, lesquelles ressemblent à celle rendue par l'arbitre Adams dans l'affaire *Roberts*, sauf que celles-là sont plus détaillées.

En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa *c*) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000 $ et qu'il a atteint 97,3 % de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500 $ et qu'il a atteint 100,3 % de ce budget;

1989 CanLII 92 (SCC)

(4) That his sales "budget" or quota for 1983 was $402,200 of which he achieved 114.2 per cent;

(5) That following termination in January, 1984, an adjudicator (appointed by the Minister of Labour) after hearing the evidence and representations of both parties, held that the termination had been an unjust dismissal.

I further order that any communication to Q107, its management or staff, whether received by letter, telephone or otherwise, from any person or company inquiring about Mr. Ron Davidson's employment at Q107, shall be answered exclusively by sending or delivering a copy of the said letter of recommendation.

Appellant is challenging in this Court only the parts of the order relating to (1) the sending of a letter of recommendation and (2) the prohibition on answering a request for information in any other way than by sending this letter.

Judgments of Lower Courts

Appellant challenged this order by filing an application with the Federal Court of Appeal to set it aside. However, the Federal Court of Appeal, made up of Urie and Mahoney JJ. with Marceau J. dissenting, dismissed this application to set aside: [1985] 1 F.C. 253.

In his reasons, Mahoney J. first said that the purpose of s. 61.5(9)(*c*) and the fact that it would be difficult or even impossible to find remedies similar to the remedies expressly authorized in paras. (*a*) and (*b*) meant that the presence of the word "like" in the English version of s. 61.5(9)(*c*) was not intended to restrict the powers conferred on the adjudicator. In his opinion, this paragraph simply expressed a kind of *ejusdem generis* rule which did not have the effect of limiting the scope of the powers conferred.

Ordering the employer to give respondent a letter of recommendation was in his opinion an equitable remedy designed to remedy the consequences of the dismissal, not to punish the employer. This letter, he thought, only stated objective facts that were not in dispute and so simply required the employer to tell the truth.

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200 $ et qu'il a atteint 114,2 % de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée.

Ce n'est que les parties de l'ordonnance relatives (1) à la délivrance d'une lettre de recommandation et (2) à l'interdiction de répondre à une demande de renseignements autrement que par l'envoi de cette lettre que l'appelante conteste devant cette Cour.

Les jugements antérieurs

L'appelante a contesté cette ordonnance en présentant une demande d'annulation à la Cour d'appel fédérale. La Cour d'appel fédérale, composée alors des juges Urie, Mahoney et Marceau (dissident), a toutefois rejeté cette demande d'annulation: [1985] 1 C.F. 253.

Le juge Mahoney, dans ses motifs, se dit d'abord d'avis que le but de l'al. 61.5(9)*c*) et le fait qu'il serait difficile, voire même impossible, de trouver des remèdes similaires aux remèdes expressément autorisés aux al. *a*) et *b*) démontrent que la présence du mot «*like*» dans la version anglaise de l'al. 61.5(9)*c*) ne vise pas à restreindre les pouvoirs conférés à l'arbitre. Selon lui, cet alinéa ne fait qu'énoncer une espèce de règle *ejusdem generis* qui n'a toutefois pas pour effet de restreindre l'étendue des pouvoirs conférés.

Ordonner à l'employeur de remettre une lettre de références à l'intimé constitue à son avis un remède équitable qui vise à remédier aux effets du congédiement et non à punir l'employeur. Cette lettre, selon lui, ne fait qu'énoncer des faits objectifs qui ne sont pas contestés et, en conséquence, ne fait qu'imposer à l'employeur l'obligation de dire la vérité.

1989 CanLII 92 (SCC)

However, he agreed with appellant's argument that the part of the decision ordering the employer to issue a letter of recommendation imposed limitations on its freedom of expression guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In his view, however, such a limitation was justified under s. 1 of that *Charter*. He stressed that the limitation on freedom of expression was prescribed by law, since it was the Act which authorized the adjudicator to make such an order.

Urie J., for his part, agreed with the reasons stated by his brother judge Mahoney. However, he indicated that he was not sure that the *ejusdem generis* rule applied in any way to the interpretation of s. 61.5(9)(*c*).

Finally, Marceau J. wrote his own reasons, which differ from the majority reasons in certain respects. First, he expressed agreement with Mahoney J. as to the way in which s. 61.5(9)(*c*) should be construed, but expressed some reservations regarding application of the *ejusdem generis* rule. He noted that the powers conferred on the adjudicator were already clearly limited by the fact that the orders he was empowered to make under para. (*c*) must be aimed at remedying or counteracting the consequences of the dismissal.

In his view the remedies ordered in the case at bar were of two types, positive and negative. The part of the order directing the employer to furnish respondent and any person seeking information about him with a letter of recommendation having a specified content was, in his opinion, an order that could be characterized as positive. It directed the employer to do something and sought to remedy the consequences of the dismissal found to be unjust: accordingly, it was authorized by s. 61.5(9)(*c*). The part of the order which also prohibited the employer from answering any request for information about respondent other than by issuing this letter might for its part be characterized as negative, since it prohibited the employer from doing something. Such an order, in his view, was not aimed at remedying the consequences of the dismissal and so was not authorized by the said paragraph.

Il est toutefois d'accord avec la prétention de l'appelante selon laquelle cette partie de la décision ordonnant à l'employeur de remettre une lettre de références porte atteinte à sa liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette atteinte, selon lui, est toutefois justifiée aux termes de l'article premier de cette même *Charte*. Il souligne le fait que cette restriction à la liberté d'expression est apportée par une règle de droit puisque c'est la loi qui autorise l'arbitre à rendre une telle ordonnance.

Le juge Urie, quant à lui, se dit d'accord avec les motifs énoncés par son collègue le juge Mahoney. Il indique toutefois qu'il n'est pas certain que la règle *ejusdem generis* puisse s'appliquer d'une façon quelconque à l'interprétation de l'al. 61.5(9)*c*).

Finalement le juge Marceau rédige ses propres motifs qui, à certains égards, sont contraires aux motifs de la majorité. Dans un premier temps, il se dit d'accord avec le juge Mahoney quant à la façon d'interpréter l'al. 61.5(9)*c*) tout en émettant toutefois des réserves quant à l'application de la règle *ejusdem generis*. Il souligne que les pouvoirs conférés à l'arbitre sont déjà clairement limités par le fait que les ordonnances qu'il est habilité à rendre en vertu de l'al. *c*) doivent viser à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

Or, selon lui les remèdes ordonnés en l'espèce sont de deux types dont l'un est positif et l'autre négatif. La partie de l'ordonnance qui enjoint à l'employeur de remettre à l'intimé et à toute personne qui désire de l'information à son égard une lettre de références ayant un contenu déterminé est, à son avis, une ordonnance qui peut être qualifiée de positive. Elle enjoint en effet à l'employeur de faire quelque chose et vise à remédier aux effets du congédiement qualifié d'injuste, elle est en conséquence autorisée par l'al. 61.5(9)*c*). La partie de cette même ordonnance qui, par ailleurs, interdit à l'employeur de répondre à une demande de renseignements relative à l'intimé autrement que par la remise de cette lettre peut quant à elle être qualifiée de négative puisqu'elle interdit à l'employeur de faire quelque chose. Une telle ordonnance, selon lui, ne vise pas à remédier aux effets du congédiement et, de ce fait, n'est pas autorisée par ledit alinéa.

1989 CanLII 92 (SCC)

He also considered that this part of the order infringed the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed appellant by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He said he did not think it possible to say that the limitation was prescribed by law, since the extent of the limitation was not indicated by the legislation in question. He added, however, that in any case in his opinion these freedoms were not subject to reasonable limits that could be demonstrably justified in a free and democratic society. He therefore concluded that the application to set aside should be allowed and the matter referred back to the adjudicator concerned for him to determine what remedies it would be appropriate to impose in order to counteract the effects of the dismissal.

Cette partie de l'ordonnance, de plus, enfreint selon lui la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie à l'appelante par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il indique qu'il ne croit pas possible de dire que cette restriction est apportée par une règle de droit puisque les limites de cette restriction ne sont pas déterminées par la disposition législative en cause. Il ajoute toutefois que quoi qu'il en soit il est d'avis que ces libertés ne sont pas restreintes dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il est en conséquence d'avis d'accueillir la demande d'annulation et de retourner le dossier à l'arbitre concerné afin que celui-ci détermine les remèdes qu'il serait approprié d'imposer afin de contrecarrer les effets du congédiement.

1989 CanLII 92 (SCC)

Legislation

The following legislation is relevant to this appeal:

Canada Labour Code

61.5. . . .

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

(*a*) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(*b*) reinstate the person in his employ; and

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

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.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

Les dispositions législatives

Les dispositions législatives suivantes sont pertinentes à ce pourvoi:

Code canadien du travail

61.5. . . .

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

a) de payer à cette personne une indemnité ne dépassant pas la somme qui est équivalente au salaire qu'elle aurait normalement gagné si elle n'avait pas été congédiée;

b) de réintégrer la personne dans son emploi; et

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Charte canadienne des droits et libertés

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

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

(*c*) freedom of peaceful assembly; and

(*d*) freedom of association.

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.

Analysis

To begin with, appellant argued that the adjudicator had no power to make these parts of the order since the orders he is authorized to make under s. 61.5(9)(*c*) must be of the same kind as the orders expressly mentioned in s. 61.5(9)(*a*) and (*b*), in view of the word "like" that appears in the English version.

As can readily be seen, the English and French versions of s. 61.5(9)(*c*) are different. Section 61.5(9)(*c*) of the English version confers a general power on the adjudicator as follows:

61.5. . . .

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

. . .

(*c*) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal. [Emphasis added.]

The French version, for its part, does not contain any word or expression equivalent to the word "like" used in the English version. The general power conferred on the adjudicator is conferred in the following language:

61.5. . . .

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

. . .

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

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Analyse

L'appelante, dans un premier temps, prétend que l'arbitre n'avait pas le pouvoir de rendre ces parties de l'ordonnance puisque les ordonnances qu'il est autorisé à rendre en vertu de l'al. 61.5(9)*c*) doivent être de même nature que les ordonnances expressément mentionnées aux al. 61.5(9)*a*) et *b*) vu le mot «*like*» apparaissant à la version anglaise.

Les versions anglaise et française de l'al. 61.5(9)*c*) sont, en apparence, différentes. L'alinéa 61.5(9)*c*) de la version anglaise confère en effet en ces termes un pouvoir général à l'arbitre:

61.5. . . .

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

. . .

(*c*) do any other like thing that is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal. [Je souligne.]

La version française, quant à elle, ne contient aucun mot ou expression équivalant au mot «*like*» utilisé dans la version anglaise. Le pouvoir général conféré à l'arbitre lui est conféré en ces termes:

61.5. . . .

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

. . .

1989 CanLII 97 (SCC)

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

First of all, therefore, these two versions have to be reconciled if possible. To do this, an attempt must be made to get from the two versions of the provision the meaning common to them both and ascertain whether this appears to be consistent with the purpose and general scheme of the Code.

In the case at bar I consider, like the Federal Court of Appeal judges, that the presence of the word "like" in para. (*c*) of the English version was not intended to limit the powers conferred on the adjudicator by allowing him to make only orders similar to the orders expressly mentioned in paras. (*a*) and (*b*) of that subsection, and does not have that effect. Interpreting this provision in this way would mean applying the *ejusdem generis* rule. I think it is impossible to apply this rule in the case at bar since one of the conditions essential for its application has not been met. The specific terms (here the orders referred to in paras. (*a*) and (*b*)) which precede the general term (the power conferred on the adjudicator in para. (*c*) to make any order that is equitable) must have a common characteristic, a common genus. As Maxwell writes in *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 299:

> Unless there is a genus or class or category, there is no room for any application of the *ejusdem generis* doctrine.

Professor Côté also notes this requirement when he writes in his work titled *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 245:

> As a third condition, the specific terms must have a significant common denominator to be considered within one given category. If this is lacking, *ejusdem generis* does not apply.

In the case at bar I do not see what characteristic could be described as common to a compensation order and a reinstatement order. The only "denominator" which seems to me common to these two orders in the context of s. 61.5(9) is the fact that these orders are both intended to remedy or counteract the consequences of the dismissal

c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

Il faut donc, dans un premier temps, tenter de concilier ces deux versions. Pour ce faire il faut tenter de dégager des textes le sens qui est commun aux deux versions et vérifier si celui-ci semble conciliable avec l'objet et l'économie générale du Code.

En l'espèce, je suis d'avis, comme l'étaient les juges de la Cour d'appel fédérale, que la présence du mot «*like*» dans l'al. *c*) de la version anglaise n'a pas pour but et n'a pas comme conséquence de limiter les pouvoirs conférés à l'arbitre en ne lui permettant de rendre que des ordonnances similaires aux ordonnances expressément mentionnées aux al. *a*) et *b*) du même paragraphe. Interpréter ainsi cette disposition signifierait en effet l'application de la règle *ejusdem generis*. Or, il me semble impossible d'appliquer cette règle en l'espèce puisqu'une des conditions essentielles à son application n'est pas remplie. Il faut en effet que les termes spécifiques (en l'espèce les ordonnances énoncées aux al. *a*) et *b*)) qui précèdent le terme général (le pouvoir conféré à l'arbitre à l'al. *c*) de rendre toute ordonnance qu'il juge équitable) aient une caractéristique commune, un genre commun. Comme l'a écrit Maxwell dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12e éd. 1969), à la p. 299:

> [TRADUCTION] S'il n'y a pas de genre, de classe ou de catégorie, la doctrine *ejusdem generis* ne peut s'appliquer.

Le professeur Côté souligne également cette nécessité lorsqu'il écrit dans son volume intitulé *Interprétation des lois* (1982), à la p. 266:

> Troisième condition d'application: il faut que les termes spécifiques aient en commun une caractéristique significative, qu'on puisse les considérer comme des espèces d'une catégorie de choses. Sans caractéristique commune, la règle *ejusdem generis* est inapplicable.

En l'espèce, je ne vois pas quelle caractéristique pourrait être qualifiée de commune à une ordonnance de compensation et à une ordonnance de réintégration. La seule «caractéristique» qui me semble commune à ces deux ordonnances dans le contexte du par. 61.5(9) c'est le fait que ces ordonnances visent toutes deux à remédier ou à contre-

1989 CanLII 90 (SCC)

found by the adjudicator to be unjust. However, para. (*c*) expressly provides that an order made under that paragraph must be designed to remedy or counteract any consequence of the dismissal. This "common denominator" cannot therefore assist in the application of the *ejusdem generis* rule, since the legislator has already expressly provided that the orders the adjudicator is empowered to make must have this characteristic. Even if I were to admit that the English version should prevail over the French version, which I do not admit, I would still consider that this provision is ambiguous and that the most rational way of interpreting it is to say that the presence of the word "like" in this version does not have the effect of limiting the general power conferred on the adjudicator. This interpretation is in any case much more consistent with the general scheme of the Code, and in particular with the purpose of Division V.7, which is to give non-unionized employees a means of challenging a dismissal they feel to be unjust and at the same time to equip the adjudicator with the powers necessary to remedy the consequences of such a dismissal. Section 61.5 is clearly a remedial provision and must accordingly be given a broad interpretation. The consequence of interpreting para. (*c*) in the manner suggested by appellant would be to limit considerably the type of order the adjudicator could make. It would in fact be very difficult to find remedies like the remedies mentioned in paras. (*a*) and (*b*). The extent of the compensation that can be ordered has been carefully limited by the legislator and there is not really any similarity between reinstatement and any other measure. I believe that, on the contrary, by enacting s. 61.5(9)(*c*), the legislator intended to vest in the adjudicator powers that would be sufficiently wide and flexible for him to adequately perform the duties entrusted to him, in each of the cases that come before him. I therefore consider that the meaning to be given to both versions is what clearly appears on the face of the French version and that accordingly the type of order the adjudicator can make should not be limited to orders like those expressly authorized in paras. (*a*) and (*b*).

balancer les effets du congédiement qualifié d'injuste par l'arbitre. L'alinéa *c*) stipule toutefois expressément que l'ordonnance rendue en vertu de cet alinéa doit viser à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier. Cette «caractéristique commune» ne peut donc être utile dans le cadre de l'application de la règle *ejusdem generis* puisque le législateur a déjà expressément stipulé que les ordonnances que l'arbitre a le pouvoir de rendre doivent posséder cette caractéristique. Alors même si je devais admettre que la version anglaise devrait prévaloir sur la version française, ce que je n'admets pas, je serais néanmoins d'avis que cette disposition est ambiguë et que la façon la plus rationnelle de l'interpréter consiste à dire que la présence du mot «*like*» dans cette version n'a pas pour effet de limiter le pouvoir général conféré à l'arbitre. Cette interprétation est d'ailleurs beaucoup plus conforme à l'économie générale du Code et en particulier au but de la division V.7 qui est d'offrir à l'employé non syndiqué un moyen de contester un congédiement qu'il juge injuste et parallèlement d'offrir à l'arbitre les pouvoirs nécessaires pour remédier aux effets d'un tel congédiement. L'article 61.5 est une disposition clairement réparatrice qui, de ce fait, doit être interprétée largement. Interpréter l'al. *c*) de la façon dont le suggère l'appelante aurait pour conséquence de limiter considérablement le type d'ordonnance que pourrait rendre l'arbitre. Il serait en effet très difficile de trouver des remèdes semblables aux remèdes prévus aux al. *a*) et *b*). L'étendue de la compensation qui peut être ordonnée a été soigneusement limitée par le législateur tandis que la réintégration n'a pas vraiment de ressemblance avec une quelconque autre mesure. Or, je crois que le législateur, en édictant l'al. 61.5(9)*c*), a au contraire voulu investir l'arbitre de pouvoirs suffisamment larges et suffisamment souples pour que ce dernier puisse s'acquitter adéquatement des fonctions qui lui sont confiées et ce à l'égard de chacun des cas qui se présentent à lui. Je suis donc d'avis que le sens qui doit être donné aux deux versions est celui qui apparaît nettement à la face de la version française et qu'en conséquence l'on ne saurait limiter le type d'ordonnances que l'arbitre peut rendre aux ordonnances du genre de celles expressément autorisées aux al. *a*) et *b*).

1989 CanLII 92 (SCC)

Appellant further argued that the adjudicator exceeded his jurisdiction since there is no connection between the order made in the case at bar, the dismissal and the consequences of that dismissal. I cannot entirely agree with him in this regard. The part of the order dealing with the sending of a letter of recommendation is, in my view, clearly meant to counteract the consequences of the dismissal found to be unjust by the adjudicator. This part of the order is designed to prevent the employer's decision to dismiss respondent from having negative consequences for the latter's chances of finding new employment. The letter of recommendation is intended to correct the impression given by the fact of the dismissal, by clearly indicating that the dismissal was found by an adjudicator to be unjust and by clearly setting out certain "objective" facts relating to respondent's performance. The situation is therefore very different from that which existed in *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269.

In that case the Canada Labour Relations Board had found that the National Bank of Canada, which had closed a unionized branch and incorporated it in a non-unionized branch, had taken its decision for anti-union reasons and had therefore infringed s. 184(1)(*a*) and (3)(*a*) of the *Canada Labour Code*. These provisions prohibit an employer, *inter alia*, from interfering with the formation or administration of a trade union and from suspending, transferring or laying off an employee on the ground that he is a member of a trade union. The Canada Labour Relations Board had therefore ordered the Bank to do a number of things. Among these were that it create a trust fund to further the objectives of the Code among all its employees and send the employees a letter telling them this fund had been created. The order specifically indicated what the wording of this letter should be and prohibited the employer from adding or deleting anything in its wording. Chouinard J., with whose reasons the other members of this Court concurred, said that in his opinion the part of the order prescribing the creation of a trust fund should be set aside since there was no relationship between this remedy and the alleged act and its consequences. He thought that the

L'appelante prétend également que l'arbitre a excédé sa juridiction puisqu'il n'existe aucun rapport entre l'ordonnance rendue en l'espèce, le congédiement et les conséquences de ce congédiement. Je ne peux partager entièrement son avis à cet égard. La partie de l'ordonnance relative à l'envoi d'une lettre de références vise nettement, selon moi, à contrecarrer les effets du congédiement que l'arbitre a qualifié d'injuste. En effet, cette partie de l'ordonnance vise à empêcher que la décision de l'employeur de congédier l'intimé puisse avoir des effets négatifs sur les chances de ce dernier de se trouver un nouvel emploi. La lettre de références vise à corriger l'impression donnée par le fait du congédiement en indiquant clairement que ce congédiement fut jugé injuste par un arbitre et en indiquant clairement certaines données «objectives» relatives à la prestation de travail fournie par l'intimé. Il s'agit donc d'une situation très différente de celle qui existait dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269.

Dans cette affaire le Conseil canadien des relations du travail avait constaté que la Banque Nationale du Canada, qui avait fermé une succursale syndiquée pour l'intégrer à une succursale non syndiquée, avait pris sa décision pour des motifs anti-syndicaux et avait, de ce fait, violé les al. 184(1)*a*) et (3)*a*) du *Code canadien du travail*. Ces dispositions interdisent à un employeur, entre autres, de s'ingérer dans la formation et l'administration d'un syndicat et de suspendre, transférer ou mettre à pied un employé au motif que ce dernier est membre d'un syndicat. Le Conseil canadien des relations du travail avait donc ordonné à la Banque de faire un certain nombre de choses. Parmi ces choses se trouvait l'obligation de créer un fonds en fidéicommis destiné à promouvoir les objectifs du Code auprès de tous ses employés et d'envoyer à ces employés une lettre les informant de la création de ce fonds. L'ordonnance indiquait précisément quel devait être le texte de ladite lettre et interdisait à l'employeur d'ajouter ou de soustraire quoi que ce soit à ce texte. Le juge Chouinard, aux motifs duquel les autres membres de cette Cour ont souscrit, s'est dit d'avis que la partie de l'ordonnance qui prescrivait la création d'un fonds en fidéicommis devait être cassée puisqu'il n'y avait

1989 CanLII 92 (SCC)

announcement of the creation of the fund was the key feature of the letter the employer was required to send, and concluded that this part of the order should suffer the same fate as that reserved for the part of the order dealing with the creation of the fund. Beetz J., for his part, added that in his opinion both the creation of the fund and the letter were open to the interpretation that they resulted from an initiative taken by the National Bank of Canada, reflecting the views of the Bank and in particular its approval of the *Canada Labour Code* and its objectives. He stated that in his opinion this part of the order was contrary to the democratic traditions of this country and so could not have been authorized by the Parliament of Canada.

In the case at bar the letter the employer is required to give respondent is of a different nature from the letter the National Bank of Canada was required to send in that case. It expresses no opinions and simply sets out facts which, as counsel for the appellant admitted at the hearing, and it is important to note this, are not in dispute. Ordering an employer to give a former employee a letter of recommendation containing only objective facts that are not in dispute does not seem to me to be as such unreasonable. Such an order may be completely justified in certain circumstances, and in the case at bar there is nothing to indicate that the adjudicator was pursuing an improper objective or acting in bad faith or in a discriminatory manner. As this order was not unreasonable, it is not the function of this Court to examine its appropriateness or to substitute its own opinion for that of the person making the order, unless of course the decision impinges on a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Accordingly, I am not prepared to say at this stage that the nature of this part of the order is such that the adjudicator necessarily exceeded his jurisdiction in making it. Quite apart from the constitutional argument that this order infringes the freedom of expression guaranteed by the

pas de rapport entre ce remède d'une part et l'acte reproché et ses conséquences d'autre part. Étant d'avis que la lettre que l'employeur devait expédier avait comme élément dominant l'annonce de la création de ce fonds, il a jugé que cette partie de l'ordonnance devait subir le même sort que celui réservé à la partie de l'ordonnance relative à la création du fonds. Le juge Beetz, quant à lui, a ajouté qu'à son avis tant la création du fonds que la lettre étaient susceptibles d'être interprétées comme si c'était la Banque Nationale du Canada qui en prenait l'initiative, comme si elles reflétaient les opinions de cette dernière et plus particulièrement son approbation du *Code canadien du travail* et de ses objectifs. Il s'est donc dit d'avis que cette partie de l'ordonnance était contraire aux traditions démocratiques de notre pays et, qu'en conséquence, elle ne pouvait pas avoir été autorisée par le Parlement du Canada.

Dans le cas qui nous occupe en l'espèce, la lettre que l'employeur a l'obligation de remettre à l'intimé est d'une nature différente de la lettre que devait expédier la Banque Nationale du Canada dans cette dernière affaire. Elle n'exprime aucune opinion et se borne à énoncer des faits qui, comme l'a admis le procureur de l'appelante lors de l'audition, et il est important de le noter, ne sont pas contestés. Ordonner à un employeur de remettre à un ancien employé une lettre de références ne contenant que des faits objectifs qui ne sont pas contestés ne me semble pas déraisonnable en soi. Une telle ordonnance peut être tout à fait justifiée dans certaines circonstances et en l'espèce rien ne démontre que l'arbitre aurait poursuivi une finalité impropre, aurait agi de mauvaise foi ou de façon discriminatoire. Cette ordonnance n'étant pas déraisonnable, il n'appartient pas à cette Cour d'en évaluer l'opportunité ni de substituer sa propre opinion à celle de son auteur à moins bien sûr que cette décision restreigne un droit protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À ce stade, je ne suis donc pas prêt à affirmer que la nature de cette partie de l'ordonnance est telle que l'arbitre a nécessairement excédé sa juridiction en la prononçant. Abstraction faite de l'argument constitutionnel à l'effet que cette ordonnance porte atteinte à la liberté d'expression

1989 CanLII 92 (SCC)

Canadian Charter of Rights and Freedoms, therefore, I consider that the adjudicator had the power to make this part of the order at issue here. The only limitation placed by s. 61.5(9) on the type of order the adjudicator can make is that any order must be designed to "remedy or counteract any consequence of the dismissal". In my view, this part of the order is clearly intended for that purpose.

However, I take a different view of the part of the order that prohibits the employer from answering a request for information about respondent other than by sending this letter of recommendation. Although this part of the order is probably meant to remedy or counteract the consequences of the dismissal, I believe that the issuing of this letter in such a context could be interpreted as meaning that appellant has no comments to make regarding the work done by respondent other than those mentioned in the letter. In such circumstances, it could thus be construed as expressing, at least by implication, appellant's opinion in this regard. Although requiring someone to write a letter is not unreasonable as such, the requirement becomes wholly unreasonable when the circumstances are such that the letter may be seen as reflecting their opinions when that is not necessarily the case. This part of the order does not prohibit the employer from stating facts found to be incorrect at the hearing, which might have been reasonable and justified: it prohibits the employer from making comments of any kind. In my view the effect of this part of the order, by thus prohibiting the employer from adding any comments whatever, is to create circumstances in which the letter of recommendation could be seen as the expression of appellant's opinions. As my brother Beetz J. so admirably phrased it in *National Bank of Canada*, *supra*, at p. 296:

This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada, even for the repression of the most serious crimes.

garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, je suis donc d'avis que l'arbitre avait le pouvoir de rendre cette partie de l'ordonnance contestée en l'espèce. La seule limite imposée par le par. 61.5(9) quant au type d'ordonnance que peut rendre l'arbitre c'est que toute ordonnance doit viser à «contrebalancer les effets du congédiement ou [à] y remédier». Or, cette partie de l'ordonnance vise, selon moi, nettement ce but.

Mon opinion est toutefois différente quant à la partie de l'ordonnance qui interdit à l'employeur de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par l'envoi de cette lettre de références. Quoique cette partie de l'ordonnance vise probablement à contrecarrer les effets du congédiement ou à y remédier, je suis d'avis que la remise de cette lettre dans un tel contexte pourrait en effet être interprétée comme signifiant que l'appelante n'a que les commentaires qui y sont énoncés à formuler à l'égard du travail exécuté par l'intimé. Dans ces circonstances, elle pourrait donc être interprétée comme exprimant, du moins implicitement, l'opinion de l'appelante à cet égard. Or, quoique le fait d'obliger une personne à rédiger un document n'est pas en soi déraisonnable, une telle mesure devient tout à fait déraisonnable lorsque les circonstances sont telles que ce document peut être perçu comme faisant état de ses opinions, alors qu'il n'en est pas nécessairement ainsi. Cette partie de l'ordonnance n'interdit pas à l'employeur d'affirmer les faits qui furent jugés inexacts lors de l'audition, ce qui serait peut-être raisonnable et justifié, elle interdit à l'employeur de faire quelques commentaires que ce soit. Cette partie de l'ordonnance, en interdisant ainsi à l'employeur d'ajouter quelques commentaires que ce soit, a pour effet selon moi de créer des circonstances susceptibles de faire en sorte que la lettre de références soit perçue comme l'expression des opinions de l'appelante. Comme l'a si bien écrit mon collègue le juge Beetz dans l'affaire *Banque Nationale du Canada*, précitée, à la p. 296:

Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada, même pour la répression des actes criminels les plus graves.

1989 CanLII 92 (SCC)

Parliament cannot have intended to authorize such an unreasonable use of the discretion conferred by it. A discretion is never absolute, regardless of the terms in which it is conferred. This is a long-established principle. H. W. R. Wade, in his text titled *Administrative Law* (4th ed. 1977), says the following at pp. 336-37:

> For more than three centuries it has been accepted that discretionary power conferred upon public authorities is not absolute, even within its apparent boundaries, but is subject to general legal limitations. These limitations are expressed in a variety of different ways, as by saying that discretion must be exercised reasonably and in good faith, that relevant considerations only must be taken into account, that there must be no malversation of any kind, or that the decision must not be arbitrary or capricious. [Emphasis added.]

This limitation on the exercise of administrative discretion has been clearly recognized in our law, by *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, and *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, *inter alia*. Whether it is the interpretation of legislation that is unreasonable or the order made in my view matters no more than the question of whether the error is one of law or of fact. An administrative tribunal exercising discretion can never do so unreasonably. To reiterate what I said earlier in *Blanchard*, *supra*, at pp. 494-95:

> An administrative tribunal has the necessary jurisdiction to make a mistake, and even a serious one, but not to be unreasonable. The unreasonable finding is no less fatal to jurisdiction because the finding is one of fact rather than law. An unreasonable finding is what justifies intervention by the courts.
>
> Not only is the distinction between error of law and of fact superfluous in light of an unreasonable finding or conclusion, but the reference to error itself is as well. Indeed, though all errors do not lead to unreasonable findings, every unreasonable finding results from an error (whether of law, fact, or a combination of the two), which is unreasonable.

Le Parlement ne peut pas avoir eu l'intention d'autoriser un usage si déraisonnable de la discrétion qu'il a conférée. Une discrétion, indépendamment des termes par lesquels elle est conférée, n'est jamais absolue. Il s'agit d'un principe reconnu depuis fort longtemps. H. W. R. Wade, dans son traité intitulé *Administrative Law* (4e éd. 1977), s'exprime ainsi aux pp. 336 et 337:

> [TRADUCTION] Il est reconnu depuis plus de trois siècles que le pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités publiques n'est pas absolu, même à l'intérieur de ses limites bien définies, mais qu'il est assujetti à des limites légales générales. Ces limites sont exprimées de plusieurs façons différentes: on dit par exemple que le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière raisonnable et de bonne foi, qu'il ne faut tenir compte que des considérations pertinentes, qu'il ne doit y avoir absolument aucune malversation, ou que la décision ne doit pas être le fruit de l'arbitraire ou du caprice. [Je souligne.]

Cette limite à l'exercice d'une discrétion administrative a été clairement reconnue dans notre droit entre autres par les affaires *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, et *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476. Que ce soit l'interprétation d'une disposition législative qui soit déraisonnable ou que ce soit l'ordonnance rendue n'a, à mon avis, pas plus d'importance que la question de savoir s'il s'agit d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait. Un tribunal administratif exerçant une discrétion ne peut jamais l'exercer de façon déraisonnable. Pour reprendre les termes que j'ai déjà utilisés dans l'affaire *Blanchard*, précitée, aux pp. 494 et 495:

> Le tribunal administratif a la compétence voulue pour se tromper, et même gravement, mais n'a pas celle d'être déraisonnable. Ce qui est déraisonnable n'atrophie pas moins la juridiction du fait que la conclusion en est une de fait plutôt que de droit. La justification de l'intervention judiciaire est la conclusion déraisonnable.
>
> Non seulement la distinction entre l'erreur de droit et celle de fait est superfétatoire en regard d'une détermination ou d'une conclusion déraisonnable, mais la référence à l'erreur elle-même l'est tout autant. En effet, si toutes les erreurs n'aboutissent pas à des déterminations déraisonnables, toute détermination déraisonnable résulte d'une erreur (de droit, de fait, et d'une combinaison des deux, peu importe) qui, elle, est déraisonnable.

1989 CanLII 92 (SCC)

In conclusion, an unreasonable finding, whatever its origin, affects the jurisdiction of the tribunal.

In the case at bar I consider that the adjudicator was not authorized by s. 61.5(9)(*c*) to order the employer not to answer a request for information about respondent except by sending the letter of recommendation containing the aforementioned wording, since such an order is patently unreasonable. Though the adjudicator clearly had jurisdiction to make an order he felt to be equitable and proper, he lost this jurisdiction when he made a patently unreasonable decision.

Appellant further argued that s. 61.5(9)(*c*) did not empower the adjudicator to make such an order, since that paragraph does not clearly state that the adjudicator can use a remedy that differs from the remedies usually available under the ordinary rules of common law in such circumstances. The principle underlying this argument is that, in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law. There is no need for me to rule on the merits of this principle, since I consider that in the case at bar, by enacting para. (*c*), the legislator clearly indicated his intent to confer wider powers on the adjudicator than those he usually has under the ordinary rules of common law in such circumstances.

It now remains to assess in light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* the part of the order we have found to be not unreasonable in terms of the rules of administrative law. The fact that the part of the order relating to sending the letter of recommendation is not unreasonable from an administrative law standpoint does not mean that it is necessarily consistent with the *Charter*.

The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers

En conclusion, une détermination déraisonnable, quelle qu'en soit la source, porte atteinte à la juridiction du tribunal.

En l'espèce, je suis d'avis que l'arbitre n'était pas autorisé, aux termes de l'al. 61.5(9)*c*), à ordonner à l'employeur de ne répondre à une demande de renseignements relative à l'intimé que par l'envoi de la lettre de références contenant le texte précité puisqu'une telle ordonnance est manifestement déraisonnable. Quoique l'arbitre avait clairement juridiction pour rendre une ordonnance qu'il jugeait équitable et appropriée, il a perdu cette juridiction en rendant une décision manifestement déraisonnable.

L'appelante prétend également que l'al. 61.5(9)*c*) ne permettait pas à l'arbitre de rendre une telle ordonnance puisque cet alinéa n'indique pas clairement que l'arbitre peut utiliser un remède qui diffère des remèdes habituellement disponibles en vertu des règles de droit commun dans des circonstances similaires. Le principe à la base de cet argument est celui selon lequel le législateur n'est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l'intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes. Il n'est pas nécessaire de me prononcer sur la justesse de ce principe puisqu'en l'espèce je suis d'avis que le législateur, en édictant l'al. *c*), a clairement indiqué son intention de conférer à l'arbitre des pouvoirs plus larges que ceux qui lui sont habituellement dévolus, dans des circonstances similaires, par les règles de droit commun.

Il reste maintenant à soumettre au contrôle de la *Charte canadienne des droits et libertés* cette partie de l'ordonnance que nous avons jugée non déraisonnable eu égard aux principes de droit administratif. Le fait que cette partie de l'ordonnance relative à l'envoi de la lettre de références ne soit pas déraisonnable au sens du droit administratif ne signifie pas, en effet, qu'elle est nécessairement conciliable avec la *Charte*.

Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La

1989 CanLII 92 (SCC)

from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so. This idea was very well expressed by Professor Hogg when he wrote in his text titled *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 671:

The reference in s. 32 to the "Parliament" and a "legislature" make clear that the Charter operates as a limitation on the powers of those legislative bodies. Any statute enacted by either Parliament or a Legislature which is inconsistent with the Charter will be outside the power of (ultra vires) the enacting body and will be invalid. It follows that any body exercising statutory authority, for example, the Governor in Council or Lieutenant Governor in Council, ministers, officials, municipalities, school boards, universities, administrative tribunals and police officers, is also bound by the Charter. Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, adminis-

Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. Le professeur Hogg a très bien exprimé cette idée lorsqu'il a écrit dans son volume intitulé *Constitutional Law of Canada* (2e éd. 1985), à la p. 671:

[TRADUCTION] La mention du «Parlement» et d'une «législature» à l'art. 32 montre clairement que la Charte agit comme une limite aux pouvoirs de ces organes législatifs. Tout texte de loi adopté par le Parlement ou une législature, qui est incompatible avec la Charte excédera les pouvoirs (sera *ultra vires*) de l'organisme qui l'a adopté et sera invalide. Il s'ensuit que tout organisme qui exerce un pouvoir statutaire, par exemple le gouverneur en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les commissions scolaires, les universités, les tribunaux administratifs, les officiers de police, est également lié par la Charte. Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administrati-

1989 CarswellSCC

trative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

Section 61.5(9)(*c*) must therefore be interpreted as conferring on the adjudicator a power to require the employer to do any other thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal, provided however that such an order, if it limits a protected right or freedom, only does so within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. It is only if the limitation on a right or freedom is not kept within reasonable and justifiable limits that one can speak of an infringement of the *Charter*. The *Charter* does not provide an absolute guarantee of the rights and freedoms mentioned in it. What it guarantees is the right to have such rights and freedoms subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. There is thus no reason not to ascribe to Parliament an intent to limit a right or freedom mentioned in the *Charter* or to allow a protected right or freedom to be limited when the language used by Parliament suggests this.

It would be useful, in my view, to describe the steps that must be taken to determine the validity of an order made by an administrative tribunal, which are as follows.

First, there are two important principles that must be borne in mind:

—an administrative tribunal may not exceed the jurisdiction it has by statute; and

—it must be presumed that legislation conferring an imprecise discretion does not confer the power to infringe the *Charter* unless that power is conferred expressly or by necessary implication.

The application of these two principles to the exercise of a discretion leads to one of the following two situations:

ves ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

Il faut donc interpréter l'al. 61.5(9)*c*) comme conférant à l'arbitre le pouvoir de requérir l'employeur de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier sous réserve toutefois que cette ordonnance, si elle restreint un droit ou une liberté protégés, ne les restreigne que dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce n'est en effet que si la restriction apportée à un droit ou à une liberté n'est pas contenue dans des limites qui soient raisonnables et justifiables que l'on peut parler de violation de la *Charte*. La *Charte* ne garantit pas d'une façon absolue les droits et les libertés qu'elle énonce. Elle garantit plutôt le droit de ne pas voir ces droits ou ces libertés restreints autrement 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. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on impute au Parlement, lorsque les termes qu'il emploie le laissent croire, l'intention de restreindre un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte* ou de permettre qu'un droit ou une liberté protégés soient restreints.

Il me semble utile de décrire la démarche qui doit être effectuée afin de déterminer la validité d'une ordonnance prononcée par un tribunal administratif de la façon suivante.

Il faut tout d'abord garder en vue l'existence de deux principes importants:

—un tribunal administratif ne peut excéder la compétence qui lui est dévolue par la loi; et

—il faut présumer qu'un texte législatif attribuant une discrétion imprécise ne confère pas le pouvoir de violer la *Charte* à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou qu'il le soit par implication nécessaire.

L'application de ces deux principes à l'exercice d'une discrétion nous mène alors à l'une ou l'autre des situations suivantes:

1999 CanLII 12 (SCC)

1. The disputed order was made pursuant to legislation which confers, either expressly or by necessary implication, the power to infringe a protected right.

—It is then necessary to subject the legislation to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. The legislation pursuant to which the administrative tribunal made the disputed order confers an imprecise discretion and does not confer, either expressly or by necessary implication, the power to limit the rights guaranteed by the *Charter*.

—It is then necessary to subject the order made to the test set out in s. 1 by ascertaining whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society;

—if it is not thus justified, the administrative tribunal has necessarily exceeded its jurisdiction;

—if it is thus justified, on the other hand, then the administrative tribunal has acted within its jurisdiction.

There is no doubt in the case at bar that the part of the order dealing with the issuing of a letter of recommendation places, in my opinion, a limitation on freedom of expression. There is no denying that freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things. Silence is in itself a form of expression which in some circumstances can express something more clearly than words could do. The order directing appellant to give respondent a letter containing certain objective facts in my opinion unquestionably limits appellant's freedom of expression.

However, this limitation is prescribed by law and can therefore be justified under s. 1. The adjudicator derives all his powers from statute and can only do what he is allowed by statute to do. It is the legislative provision conferring discretion

1. L'ordonnance contestée a été rendue en vertu d'un texte qui confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé.

—Il faut alors soumettre le texte législatif au test énoncé à l'article premier en vérifiant s'il constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Le texte législatif en vertu duquel le tribunal administratif a prononcé l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la *Charte*.

—Il faut alors soumettre l'ordonnance prononcée au test énoncé à l'article premier en vérifiant si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;

—si elle n'est pas ainsi justifiée le tribunal administratif a nécessairement commis un excès de juridiction;

—si au contraire elle est ainsi justifiée alors le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa juridiction.

En l'espèce la partie de l'ordonnance relative à la remise d'une lettre de références apporte, à mon avis, une restriction à la liberté d'expression. On ne peut nier, en effet, que la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses. Le silence est en soi une forme d'expression qui peut, dans certaines circonstances, exprimer quelque chose plus clairement que des mots ne pourraient le faire. L'ordonnance enjoignant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre comportant certaines données objectives restreint, selon moi, incontestablement la liberté d'expression de l'appelante.

Cette restriction provient toutefois d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée aux termes de l'article premier. L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative

1989 CanLII 92 (SCC)

which limits the right or freedom, since it is what authorizes the holder of such discretion to make an order the effect of which is to place limits on the rights and freedoms mentioned in the *Charter*. The order made by the adjudicator is only an exercise of the discretion conferred on him by statute.

To determine whether this limitation is reasonable and can be demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, one must examine whether the use made of the discretion has the effect of keeping the limitation within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. If the answer is yes, we must conclude that the adjudicator had the power to make such an order since he was authorized to make an order reasonably and justifiably limiting a right or freedom mentioned in the *Charter*. If on the contrary the answer is no, then one has to conclude that the adjudicator exceeded his jurisdiction since Parliament has not delegated to him a power to infringe the *Charter*. If he has exceeded his jurisdiction, his decision is of no force or effect.

The test that must be applied in such an assessment has been largely defined by my brother Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. According to that test, the objective to be served by the disputed measures must first be sufficiently important to warrant limiting a right or freedom protected by the *Charter*. Second, the party seeking to maintain the limitation must show that the means selected to attain this objective are reasonable and justifiable. To do this, it will be necessary to apply a form of proportionality test involving three separate components: the disputed measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. The means chosen must also be such as to impair the right or freedom as little as possible, and finally, its effects must be proportional to the objective sought.

attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi.

Pour déterminer si cette restriction est contenue dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut donc évaluer si l'utilisation qui fut faite de la discrétion a pour effet de contenir la restriction dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si la réponse est positive nous devons conclure que l'arbitre avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance puisqu'il était autorisé à rendre une ordonnance restreignant un droit ou une liberté énoncés à la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables et justifiables. Si la réponse est au contraire négative il faut alors conclure que l'arbitre a excédé sa juridiction puisque le Parlement ne lui a pas délégué le pouvoir de violer la *Charte*. Ayant excédé sa juridiction sa décision est donc nulle et sans effet.

Le test qui doit être appliqué dans le cadre de cette évaluation a été énoncé principalement par mon collègue le juge en chef Dickson dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Selon ce test, il faut, dans un premier temps, que l'objectif poursuivi par la mesure contestée soit suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. Dans un second temps, la partie qui demande le maintien de cette restriction doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et justifiables. Pour ce faire, il doit y avoir application d'une espèce de critère de proportionnalité comportant trois éléments distincts: les mesures contestées doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif poursuivi et avoir un lien rationnel avec celui-ci. Le moyen choisi doit de plus être de nature à restreindre le moins possible le droit ou la liberté et ses effets doivent finalement être proportionnels avec l'objectif poursuivi.

SCC Supreme Court of Canada 1989

I consider that the objective sought by the order made in the case at bar is sufficiently important to justify some limitation on freedom of expression. The purpose of the order is clearly, as required by the Code and as I indicated above, to counteract, or at least to remedy, the consequences of the dismissal found by the adjudicator to be unjust. In my opinion such an objective is sufficiently important to warrant a limitation on a right or freedom mentioned in the *Charter*. I think it is important for the legislator to provide certain mechanisms to restore equilibrium in the relations between an employer and his employee, so that the latter will not be subject to arbitrary action by the former. These observations should not be taken as meaning that in my view all employers necessarily try to abuse their position. However, it cannot be denied that some employees are in an especially vulnerable position in relation to their employers and that the forces involved are usually not equal. Accordingly, I think that mechanisms designed to remedy or counteract the consequences of an unlawful action taken by an employer are justified in such a context. It should also be noted that in these circumstances the limitation on rights or freedoms is not in fact made until after the act committed by the employer has been found by an adjudicator to be unlawful, and only in order to remedy the consequences of that act found to be unlawful.

An order directing the employer to give respondent a letter of recommendation containing objective facts also seems to me to be reasonable and justifiable in these circumstances. It has the three characteristics necessary to meet the proportionality test. As I mentioned earlier, the purpose of the letter of recommendation is to correct the impression given by the fact of the dismissal, by clearly indicating that the dismissal was found by an adjudicator to be unjust, and by clearly indicating certain "objective" facts that are not in dispute regarding the respondent's performance. A reinstatement order is not always desirable and a compensation order is not always adequate to remedy the consequences of an unjust dismissal. It is possible in some cases for a dismissal to have very negative consequences on the former

En l'espèce je suis d'avis que l'objectif poursuivi par l'ordonnance rendue est suffisamment important pour justifier une certaine restriction à la liberté d'expression. L'ordonnance vise nettement, comme l'exige le Code et comme je l'ai indiqué plus haut, à contrecarrer les effets du congédiement jugé injuste par l'arbitre ou, à tout le moins, à y remédier. Un tel objectif est à mon avis suffisamment important pour justifier une restriction à un droit ou une liberté énoncés dans la *Charte*. Il me semble en effet important que le législateur prévoie certains mécanismes destinés à rétablir l'équilibre dans la relation existant entre un employeur et son employé de façon à éviter que ce dernier puisse être soumis à l'arbitraire du premier. Ces propos ne doivent pas être interprétés comme signifiant qu'à mon avis tous les employeurs tentent nécessairement d'abuser de leur position. On ne peut nier toutefois que certains employés sont dans une situation particulièrement vulnérable à l'égard de leur employeur et que les forces en présence sont habituellement inégales. Des mécanismes destinés à contrecarrer les effets d'une mesure illégale prise par l'employeur ou à y remédier me semblent donc justifiés dans un tel contexte. Il faut d'ailleurs noter que dans ces circonstances la restriction aux droits ou aux libertés n'est effectivement apportée qu'après que l'acte posé par l'employeur a été jugé illégal par un arbitre et que dans le but de remédier aux effets de cet acte jugé illégal.

Une ordonnance enjoignant à l'employeur de remettre à l'intimé une lettre de références contenant des faits objectifs me semble également raisonnable et justifiable dans ces circonstances. Elle possède en effet les trois caractéristiques nécessaires pour que le critère de proportionnalité soit rencontré. Comme je l'ai déjà mentionné, la lettre de références vise à corriger l'impression donnée par le fait du congédiement en indiquant clairement que ce congédiement fut jugé injuste par un arbitre et en indiquant clairement certaines données «objectives» et non contestées relatives à la prestation de travail fournie par l'intimé. Une ordonnance de réintégration n'est pas toujours souhaitable alors qu'une ordonnance de compensation n'est pas toujours suffisante pour remédier aux effets d'un congédiement injuste. Il est possible en

1989 CanLII 92 (SCC)

employee's chances of finding new employment. It seems to me, therefore, that there will be times when such an order is the only means of attaining the objective sought, that of counteracting or remedying the consequences of the dismissal. It is certainly very rationally connected to the latter, since in certain cases it is the only way of effectively remedying the consequences of the dismissal. It is also limited to requiring that the employer state "objective" facts which, in the case at bar, are not in dispute and do not require the employer to express any opinion, since the part of the order regarding the prohibition on answering a request for information about respondent other than by issuing this letter has been found to be unreasonable, and accordingly outside the jurisdiction conferred on the adjudicator. The employer may thus, if this part found to be unreasonable is removed, indicate for example that he was directed to write the letter and that it therefore does not necessarily contain all his views about the work done by respondent. Taking these circumstances into account, I do not see any way of attaining this objective in the case at bar without impairing the employer's freedom of expression. Finally, I consider that the consequences of the order are proportional to the objective sought. As I have already said, the latter is important in our society. The limitation on freedom of expression is not what could be described as very serious. It does not abolish that freedom, but simply limits its exercise by requiring the employer to write something determined in advance. This limitation on freedom of expression mentioned in the *Charter* is thus in my opinion kept within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. In making this part of the order, therefore, the adjudicator did not infringe the *Charter* and acted within his jurisdiction.

As this appeal is covered by s. 52(*d*) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, I would refer the matter back to the adjudica-

effet qu'un congédiement ait des conséquences très négatives, dans certains cas, sur les chances de l'ex-employé de se trouver un nouvel emploi. Une telle ordonnance me semble donc parfois le seul moyen d'atteindre l'objectif poursuivi qui est de contrecarrer ou de remédier aux effets du congédiement. Elle a certainement un lien très rationnel avec celui-ci puisque dans certains cas elle est la seule mesure susceptible de remédier efficacement aux effets du congédiement. Elle se limite de plus à exiger de l'employeur l'expression de faits «objectifs» qui, en l'espèce, ne sont pas contestés et ne requiert aucunement, de sa part, l'expression d'une opinion quelconque puisque la partie de l'ordonnance relative à l'interdiction de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé autrement que par la remise de cette lettre a été jugée déraisonnable et, partant, à l'extérieur de la juridiction conférée à l'arbitre. Il est en effet permis à l'employeur, si l'on écarte cette partie déjà jugée déraisonnable, d'indiquer, par exemple, qu'il lui fut ordonné de rédiger cette lettre et que de ce fait elle ne contient pas nécessairement toutes ses opinions à l'égard du travail effectué par l'intimé. Compte tenu de ces circonstances, je ne vois pas de moyen susceptible en l'espèce d'atteindre ce même objectif tout en portant moins atteinte à la liberté d'expression de l'employeur. Finalement, je suis d'avis que les effets de cette ordonnance sont proportionnels à l'objectif poursuivi. Ce dernier, comme je l'ai souligné, est important dans notre société. Or, la restriction apportée à la liberté d'expression n'est pas de celle qu'on peut qualifier de très grave. Elle ne supprime pas cette liberté mais se borne plutôt à en restreindre l'exercice en obligeant l'employeur à écrire quelque chose de prédéterminé. Cette restriction apportée à la liberté d'expression énoncée à la *Charte* est donc selon moi contenue dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'arbitre en rendant cette partie de l'ordonnance n'a donc pas violé la *Charte* et a agi à l'intérieur de sa juridiction.

Ce pourvoi étant régi par l'al. 52*d*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), chap. 10, je suis d'avis de renvoyer cette affaire à l'arbitre

1989 CanLII 92 (SCC)

tor in question for him to make an order consistent with this judgment.

Accordingly, I would allow the appeal at bar, reverse the judgment of the Federal Court of Appeal, invalidate the order made by the adjudicator and refer the matter back to him so he may make a new order consistent with the instant judgment; the whole with costs.

Appeal dismissed with costs, BEETZ J. *dissenting and* LAMER J. *dissenting in part.*

Solicitor for the appellant: Brian A. Grosman, Toronto.

Solicitor for the respondent: Morris Cooper, Toronto.

concerné afin qu'il puisse rendre une ordonnance conciliable avec le présent jugement.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel fédérale, de déclarer nulle l'ordonnance prononcée par l'arbitre et de retourner le dossier à celui-ci afin qu'il émette une nouvelle ordonnance qui soit conciliable avec le présent jugement. Le tout avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge BEETZ *est dissident et le juge* LAMER *est dissident en partie.*

Procureur de l'appelante: Brian A. Grosman, Toronto.

Procureur de l'intimé: Morris Cooper, Toronto.

1989 CanLII 92 (SCC)

7

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

**Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI)
of 16 December 1966**

entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27

Preamble

The States Parties to the present Covenant,

Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

Recognizing that these rights derive from the inherent dignity of the human person,

Recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights,

Considering the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human rights and freedoms,

Realizing that the individual, having duties to other individuals and to the community to which he belongs, is under a responsibility to strive for the promotion and observance of the rights recognized in the present Covenant,

Agree upon the following articles:

PART I

Article 1

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.

2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

3. The States Parties to the present Covenant, including those having responsibility for the administration of Non-Self-Governing and Trust Territories, shall promote the realization of the right of self-determination, and shall respect that right, in conformity with the provisions of the Charter of the United Nations.

PART II

Article 2

1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

3. Developing countries, with due regard to human rights and their national economy, may determine to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals.

Article 3

The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant.

Article 4

The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.

Article 5

1. Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights or freedoms recognized herein, or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant.

2. No restriction upon or derogation from any of the fundamental human rights recognized or existing in any country in virtue of law, conventions, regulations or custom shall be admitted on the pretext that the present Covenant does not recognize such rights or that it recognizes them to a lesser extent.

PART III

Article 6

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

2. The steps to be taken by a State Party to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include technical and vocational guidance and training programmes, policies and techniques to achieve steady economic, social and cultural development and full and productive employment under conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual.

Article 7

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:

(a) Remuneration which provides all workers, as a minimum, with:

(i) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;

(ii) A decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant;

(b) Safe and healthy working conditions; (c) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence;

(d) Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays

Article 8

1. The States Parties to the present Covenant undertake to ensure:

(a) The right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, subject only to the rules of the organization concerned, for the promotion and protection of his economic and social interests. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

(b) The right of trade unions to establish national federations or confederations and the right of the latter to form or join international trade-union organizations;

(c) The right of trade unions to function freely subject to no limitations other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others;

(d) The right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country.

2. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces or of the police or of the administration of the State. 3. Nothing in this article shall authorize States Parties to the International Labour Organisation Convention of 1948 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize to take legislative measures which would prejudice, or apply the law in such a manner as would prejudice, the guarantees provided for in that Convention.

Article 9

The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to social security, including social insurance.

Article 10

The States Parties to the present Covenant recognize that:

1. The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children. Marriage must be entered into with the free consent of the intending spouses.

2. Special protection should be accorded to mothers during a reasonable period before and after childbirth. During such period working mothers should be accorded paid leave or leave with adequate social security benefits.

3. Special measures of protection and assistance should be taken on behalf of all children and young persons without any discrimination for reasons of parentage or other conditions. Children and young persons should be protected from economic and social exploitation. Their employment in work harmful to their morals or health or dangerous to life or likely to hamper their normal development should be punishable by law. States should also set age limits below which the paid employment of child labour should be prohibited and punishable by law.

Article 11

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

2. The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed:

(a) To improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources;

(b) Taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need.

Article 12

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.

2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for:

(a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child;

(b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene;

(c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases;

(d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness.

Article 13

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right:

(a) Primary education shall be compulsory and available free to all;

(b) Secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

(c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

(d) Fundamental education shall be encouraged or intensified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education;

(e) The development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, an adequate fellowship system shall be established, and the material conditions of teaching staff shall be continuously improved.

3. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

4. No part of this article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph I of this article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.

Article 14

Each State Party to the present Covenant which, at the time of becoming a Party, has not been able to secure in its metropolitan territory or other territories under its jurisdiction compulsory primary education, free of charge, undertakes, within two years, to work out and adopt a detailed plan of action for the progressive implementation, within a reasonable number of years, to be fixed in the plan, of the principle of compulsory education free of charge for all.

Article 15

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:

(a) To take part in cultural life;

(b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications;

(c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.

2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture. 3. The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.

4. The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields.

PART IV

Article 16

1. The States Parties to the present Covenant undertake to submit in conformity with this part of the Covenant reports on the measures which they have adopted and the progress made in achieving the observance of the rights recognized herein.

2.

(a) All reports shall be submitted to the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies to the Economic and Social Council for consideration in accordance with the provisions of the present Covenant;

(b) The Secretary-General of the United Nations shall also transmit to the specialized agencies copies of the reports, or any relevant parts therefrom, from States Parties to the present Covenant which are also members of these specialized agencies in so far as these reports, or parts therefrom, relate to any matters which fall within the responsibilities of the said agencies in accordance with their constitutional instruments.

Article 17

1. The States Parties to the present Covenant shall furnish their reports in stages, in accordance with a programme to be established by the Economic and Social Council within one year of the entry into force of the present Covenant after consultation with the States Parties and the specialized agencies concerned.

2. Reports may indicate factors and difficulties affecting the degree of fulfilment of obligations under the present Covenant.

3. Where relevant information has previously been furnished to the United Nations or to any specialized agency by any State Party to the present Covenant, it will not be necessary to reproduce that information, but a precise reference to the information so furnished will suffice.

Article 18

Pursuant to its responsibilities under the Charter of the United Nations in the field of human rights and fundamental freedoms, the Economic and Social Council may make arrangements with the specialized agencies in respect of their reporting to it on the progress made in achieving the observance of the provisions of the present Covenant falling within the scope of their activities. These reports may include particulars of decisions and recommendations on such implementation adopted by their competent organs.

Article 19

The Economic and Social Council may transmit to the Commission on Human Rights for study and general recommendation or, as appropriate, for information the reports concerning human rights submitted by States in accordance with articles 16 and 17, and those concerning human rights submitted by the specialized agencies in accordance with article 18.

Article 20

The States Parties to the present Covenant and the specialized agencies concerned may submit comments to the Economic and Social Council on any general recommendation under article 19 or reference to such general recommendation in any report of the Commission on Human Rights or any documentation referred to therein.

Article 21

The Economic and Social Council may submit from time to time to the General Assembly reports with recommendations of a general nature and a summary of the information received from the States Parties to the present Covenant and the specialized agencies on the measures taken and the progress made in achieving general observance of the rights recognized in the present Covenant.

Article 22

The Economic and Social Council may bring to the attention of other organs of the United Nations, their subsidiary organs and specialized agencies concerned with furnishing technical assistance any matters arising out of the reports referred to in this part of the present Covenant which may assist such bodies in deciding, each within its field of competence, on the advisability of international measures likely to contribute to the effective progressive implementation of the present Covenant.

Article 23

The States Parties to the present Covenant agree that international action for the achievement of the rights recognized in the present Covenant includes such methods as the conclusion of conventions, the adoption of recommendations, the furnishing of technical assistance and the holding of regional meetings and technical meetings for the purpose of consultation and study organized in conjunction with the Governments concerned.

Article 24

Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the provisions of the Charter of the United Nations and of the constitutions of the specialized agencies which define the respective responsibilities of the various organs of the United Nations and of the specialized agencies in regard to the matters dealt with in the present Covenant.

Article 25

Nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to enjoy and utilize fully and freely their natural wealth and resources.

PART V

Article 26

1. The present Covenant is open for signature by any State Member of the United Nations or member of any of its specialized agencies, by any State Party to the Statute of the International Court of Justice, and by any other State which has been invited by the General Assembly of the United Nations to become a party to the present Covenant.

2. The present Covenant is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

3. The present Covenant shall be open to accession by any State referred to in paragraph 1 of this article.

4. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

5. The Secretary-General of the United Nations shall inform all States which have signed the present Covenant or acceded to it of the deposit of each instrument of ratification or accession.

Article 27

1. The present Covenant shall enter into force three months after the date of the deposit with the Secretary-General of the United Nations of the thirty-fifth instrument of ratification or instrument of accession.

2. For each State ratifying the present Covenant or acceding to it after the deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or instrument of accession, the present Covenant shall enter into force three months after the date of the deposit of its own instrument of ratification or instrument of accession.

Article 28

The provisions of the present Covenant shall extend to all parts of federal States without any limitations or exceptions.

Article 29

1. Any State Party to the present Covenant may propose an amendment and file it with the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall thereupon communicate any proposed amendments to the States Parties to the present Covenant with a request that they notify him whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering and voting upon the proposals. In the event that at least one third of the States Parties favours such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations. Any amendment adopted by a majority of the States Parties present and voting at the conference shall be submitted to the General Assembly of the United Nations for approval.

2. Amendments shall come into force when they have been approved by the General Assembly of the United Nations and accepted by a two-thirds majority of the States Parties to the present Covenant in accordance with their respective constitutional processes.

3. When amendments come into force they shall be binding on those States Parties which have accepted them, other States Parties still being bound by the provisions of the present Covenant and any earlier amendment which they have accepted.

Article 30

Irrespective of the notifications made under article 26, paragraph 5, the Secretary-General of the United Nations shall inform all States referred to in paragraph I of the same article of the following particulars:

(a) Signatures, ratifications and accessions under article 26;

(b) The date of the entry into force of the present Covenant under article 27 and the date of the entry into force of any amendments under article 29.

Article 31

1. The present Covenant, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited in the archives of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit certified copies of the present Covenant to all States referred to in article 26.

8

Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol

UNITED NATIONS

CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Preamble

The States Parties to the present Convention,

(*a*) *Recalling* the principles proclaimed in the Charter of the United Nations which recognize the inherent dignity and worth and the equal and inalienable rights of all members of the human family as the foundation of freedom, justice and peace in the world,

(*b*) *Recognizing* that the United Nations, in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenants on Human Rights, has proclaimed and agreed that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind,

(*c*) *Reaffirming* the universality, indivisibility, interdependence and interrelatedness of all human rights and fundamental freedoms and the need for persons with disabilities to be guaranteed their full enjoyment without discrimination,

(*d*) *Recalling* the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the Convention on the Rights of the Child, and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families,

(*e*) *Recognizing* that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others,

(*f*) *Recognizing* the importance of the principles and policy guidelines contained in the World Programme of Action concerning Disabled Persons and in the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities in influencing the promotion, formulation and evaluation of the policies, plans, programmes and actions at the national, regional and international levels to further equalize opportunities for persons with disabilities,

(*g*) *Emphasizing* the importance of mainstreaming disability issues as an integral part of relevant strategies of sustainable development,

(*h*) *Recognizing also* that discrimination against any person on the basis of disability is a violation of the inherent dignity and worth of the human person,

(*i*) *Recognizing further* the diversity of persons with disabilities,

(*j*) *Recognizing* the need to promote and protect the human rights of all persons with disabilities, including those who require more intensive support,

(*k*) *Concerned* that, despite these various instruments and undertakings, persons with disabilities continue to face barriers in their participation as equal members of society and violations of their human rights in all parts of the world,

(*l*) *Recognizing* the importance of international cooperation for improving the living conditions of persons with disabilities in every country, particularly in developing countries,

(*m*) *Recognizing* the valued existing and potential contributions made by persons with disabilities to the overall well-being and diversity of their communities, and that the promotion of the full enjoyment by persons with disabilities of their human rights and fundamental freedoms and of full participation by persons with disabilities will result in their enhanced sense of belonging and in significant advances in the human, social and economic development of society and the eradication of poverty,

(*n*) *Recognizing* the importance for persons with disabilities of their individual autonomy and independence, including the freedom to make their own choices,

(*o*) *Considering* that persons with disabilities should have the opportunity to be actively involved in decision-making processes about policies and programmes, including those directly concerning them,

(*p*) *Concerned* about the difficult conditions faced by persons with disabilities who are subject to multiple or aggravated forms of discrimination on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic, indigenous or social origin, property, birth, age or other status,

(*q*) *Recognizing* that women and girls with disabilities are often at greater risk, both within and outside the home, of violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation,

(*r*) *Recognizing* that children with disabilities should have full enjoyment of all human rights and fundamental freedoms on an equal basis

with other children, and recalling obligations to that end undertaken by States Parties to the Convention on the Rights of the Child,

(*s*) *Emphasizing* the need to incorporate a gender perspective in all efforts to promote the full enjoyment of human rights and fundamental freedoms by persons with disabilities,

(*t*) *Highlighting* the fact that the majority of persons with disabilities live in conditions of poverty, and in this regard recognizing the critical need to address the negative impact of poverty on persons with disabilities,

(*u*) *Bearing in mind* that conditions of peace and security based on full respect for the purposes and principles contained in the Charter of the United Nations and observance of applicable human rights instruments are indispensable for the full protection of persons with disabilities, in particular during armed conflicts and foreign occupation,

(*v*) *Recognizing* the importance of accessibility to the physical, social, economic and cultural environment, to health and education and to information and communication, in enabling persons with disabilities to fully enjoy all human rights and fundamental freedoms,

(*w*) *Realizing* that the individual, having duties to other individuals and to the community to which he or she belongs, is under a responsibility to strive for the promotion and observance of the rights recognized in the International Bill of Human Rights,

(*x*) *Convinced* that the family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State, and that persons with disabilities and their family members should receive the necessary protection and assistance to enable families to contribute towards the full and equal enjoyment of the rights of persons with disabilities,

(*y*) *Convinced* that a comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities will make a significant contribution to redressing the profound social disadvantage of persons with disabilities and promote their participation in the civil, political, economic, social and cultural spheres with equal opportunities, in both developing and developed countries,

Have agreed as follows:

Article 1
Purpose

The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity.

Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.

Article 2
Definitions

For the purposes of the present Convention:

"Communication" includes languages, display of text, Braille, tactile communication, large print, accessible multimedia as well as written, audio, plain-language, human-reader and augmentative and alternative modes, means and formats of communication, including accessible information and communication technology;

"Language" includes spoken and signed languages and other forms of non spoken languages;

"Discrimination on the basis of disability" means any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation;

"Reasonable accommodation" means necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms;

"Universal design" means the design of products, environments, programmes and services to be usable by all people, to the greatest extent possible, without the need for adaptation or specialized design. "Universal design" shall not exclude assistive devices for particular groups of persons with disabilities where this is needed.

Article 3
General principles

The principles of the present Convention shall be:

(*a*) Respect for inherent dignity, individual autonomy including the freedom to make one's own choices, and independence of persons;

(*b*) Non-discrimination;

(*c*) Full and effective participation and inclusion in society;

(*d*) Respect for difference and acceptance of persons with disabilities as part of human diversity and humanity;

(*e*) Equality of opportunity;

(*f*) Accessibility;

(*g*) Equality between men and women;

(*h*) Respect for the evolving capacities of children with disabilities and respect for the right of children with disabilities to preserve their identities.

Article 4
General obligations

1. States Parties undertake to ensure and promote the full realization of all human rights and fundamental freedoms for all persons with disabilities without discrimination of any kind on the basis of disability. To this end, States Parties undertake:

(*a*) To adopt all appropriate legislative, administrative and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention;

(*b*) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices that constitute discrimination against persons with disabilities;

(*c*) To take into account the protection and promotion of the human rights of persons with disabilities in all policies and programmes;

(*d*) To refrain from engaging in any act or practice that is inconsistent with the present Convention and to ensure that public authorities and institutions act in conformity with the present Convention;

(*e*) To take all appropriate measures to eliminate discrimination on the basis of disability by any person, organization or private enterprise;

(*f*) To undertake or promote research and development of universally designed goods, services, equipment and facilities, as defined in article 2 of the present Convention, which should require the minimum possible adaptation and the least cost to meet the specific needs of a person with disabilities, to promote their availability and use, and to promote universal design in the development of standards and guidelines;

(*g*) To undertake or promote research and development of, and to promote the availability and use of new technologies, including information and communications technologies, mobility aids, devices and assistive technologies, suitable for persons with disabilities, giving priority to technologies at an affordable cost;

(*h*) To provide accessible information to persons with disabilities about mobility aids, devices and assistive technologies, including new technologies, as well as other forms of assistance, support services and facilities;

(*i*) To promote the training of professionals and staff working with persons with disabilities in the rights recognized in the present Convention so as to better provide the assistance and services guaranteed by those rights.

2. With regard to economic, social and cultural rights, each State Party undertakes to take measures to the maximum of its available resources and, where needed, within the framework of international cooperation, with a view to achieving progressively the full realization of these rights, without prejudice to those obligations contained in the present Convention that are immediately applicable according to international law.

3. In the development and implementation of legislation and policies to implement the present Convention, and in other decision-making processes concerning issues relating to persons with disabilities, States Parties shall closely consult with and actively involve persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations.

4. Nothing in the present Convention shall affect any provisions which are more conducive to the realization of the rights of persons with disabilities and which may be contained in the law of a State Party or international law in force for that State. There shall be no restriction upon or derogation from any of the

human rights and fundamental freedoms recognized or existing in any State Party to the present Convention pursuant to law, conventions, regulation or custom on the pretext that the present Convention does not recognize such rights or freedoms or that it recognizes them to a lesser extent.

5. The provisions of the present Convention shall extend to all parts of federal States without any limitations or exceptions.

Article 5
Equality and non-discrimination

1. States Parties recognize that all persons are equal before and under the law and are entitled without any discrimination to the equal protection and equal benefit of the law.

2. States Parties shall prohibit all discrimination on the basis of disability and guarantee to persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds.

3. In order to promote equality and eliminate discrimination, States Parties shall take all appropriate steps to ensure that reasonable accommodation is provided.

4. Specific measures which are necessary to accelerate or achieve de facto equality of persons with disabilities shall not be considered discrimination under the terms of the present Convention.

Article 6
Women with disabilities

1. States Parties recognize that women and girls with disabilities are subject to multiple discrimination, and in this regard shall take measures to ensure the full and equal enjoyment by them of all human rights and fundamental freedoms.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure the full development, advancement and empowerment of women, for the purpose of guaranteeing them the exercise and enjoyment of the human rights and fundamental freedoms set out in the present Convention.

Article 7
Children with disabilities

1. States Parties shall take all necessary measures to ensure the full enjoyment by children with disabilities of all human rights and fundamental freedoms on an equal basis with other children.

2. In all actions concerning children with disabilities, the best interests of the child shall be a primary consideration.

3. States Parties shall ensure that children with disabilities have the right to express their views freely on all matters affecting them, their views being given due weight in accordance with their age and maturity, on an equal basis with other children, and to be provided with disability and age-appropriate assistance to realize that right.

Article 8
Awareness-raising

1. States Parties undertake to adopt immediate, effective and appropriate measures:

(*a*) To raise awareness throughout society, including at the family level, regarding persons with disabilities, and to foster respect for the rights and dignity of persons with disabilities;

(*b*) To combat stereotypes, prejudices and harmful practices relating to persons with disabilities, including those based on sex and age, in all areas of life;

(*c*) To promote awareness of the capabilities and contributions of persons with disabilities.

2. Measures to this end include:

(*a*) Initiating and maintaining effective public awareness campaigns designed:

(i) To nurture receptiveness to the rights of persons with disabilities;

(ii) To promote positive perceptions and greater social awareness towards persons with disabilities;

(iii) To promote recognition of the skills, merits and abilities of persons with disabilities, and of their contributions to the workplace and the labour market;

(*b*) Fostering at all levels of the education system, including in all children from an early age, an attitude of respect for the rights of persons with disabilities;

(*c*) Encouraging all organs of the media to portray persons with disabilities in a manner consistent with the purpose of the present Convention;

(*d*) Promoting awareness-training programmes regarding persons with disabilities and the rights of persons with disabilities.

Article 9
Accessibility

1. To enable persons with disabilities to live independently and participate fully in all aspects of life, States Parties shall take appropriate measures to ensure to persons with disabilities access, on an equal basis with others, to the physical environment, to transportation, to information and communications, including information and communications technologies and systems, and to other facilities and services open or provided to the public, both in urban and in rural areas. These measures, which shall include the identification and elimination of obstacles and barriers to accessibility, shall apply to, inter alia:

(*a*) Buildings, roads, transportation and other indoor and outdoor facilities, including schools, housing, medical facilities and workplaces;

(*b*) Information, communications and other services, including electronic services and emergency services.

2. States Parties shall also take appropriate measures:

(*a*) To develop, promulgate and monitor the implementation of minimum standards and guidelines for the accessibility of facilities and services open or provided to the public;

(*b*) To ensure that private entities that offer facilities and services which are open or provided to the public take into account all aspects of accessibility for persons with disabilities;

(*c*) To provide training for stakeholders on accessibility issues facing persons with disabilities;

(*d*) To provide in buildings and other facilities open to the public signage in Braille and in easy to read and understand forms;

(*e*) To provide forms of live assistance and intermediaries, including guides, readers and professional sign language interpreters, to facilitate accessibility to buildings and other facilities open to the public;

(*f*) To promote other appropriate forms of assistance and support to persons with disabilities to ensure their access to information;

(*g*) To promote access for persons with disabilities to new information and communications technologies and systems, including the Internet;

(*h*) To promote the design, development, production and distribution of accessible information and communications technologies and systems at an early stage, so that these technologies and systems become accessible at minimum cost.

Article 10
Right to life

States Parties reaffirm that every human being has the inherent right to life and shall take all necessary measures to ensure its effective enjoyment by persons with disabilities on an equal basis with others.

Article 11
Situations of risk and humanitarian emergencies

States Parties shall take, in accordance with their obligations under international law, including international humanitarian law and international human rights law, all necessary measures to ensure the protection and safety of persons with disabilities in situations of risk, including situations of armed conflict, humanitarian emergencies and the occurrence of natural disasters.

Article 12
Equal recognition before the law

1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.

3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The

safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.

5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.

Article 13
Access to justice

1. States Parties shall ensure effective access to justice for persons with disabilities on an equal basis with others, including through the provision of procedural and age-appropriate accommodations, in order to facilitate their effective role as direct and indirect participants, including as witnesses, in all legal proceedings, including at investigative and other preliminary stages.

2. In order to help to ensure effective access to justice for persons with disabilities, States Parties shall promote appropriate training for those working in the field of administration of justice, including police and prison staff.

Article 14
Liberty and security of person

1. States Parties shall ensure that persons with disabilities, on an equal basis with others:

(*a*) Enjoy the right to liberty and security of person;

(*b*) Are not deprived of their liberty unlawfully or arbitrarily, and that any deprivation of liberty is in conformity with the law, and that the existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty.

2. States Parties shall ensure that if persons with disabilities are deprived of their liberty through any process, they are, on an equal basis with others, entitled to guarantees in accordance with international human rights law and shall be treated in compliance with the objectives and principles of the present Convention, including by provision of reasonable accommodation.

Article 15
Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment

1. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his or her free consent to medical or scientific experimentation.

2. States Parties shall take all effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent persons with disabilities, on an equal basis with others, from being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Article 16
Freedom from exploitation, violence and abuse

1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social, educational and other measures to protect persons with disabilities, both within and outside the home, from all forms of exploitation, violence and abuse, including their gender-based aspects.

2. States Parties shall also take all appropriate measures to prevent all forms of exploitation, violence and abuse by ensuring, inter alia, appropriate forms of gender- and age-sensitive assistance and support for persons with disabilities and their families and caregivers, including through the provision of information and education on how to avoid, recognize and report instances of exploitation, violence and abuse. States Parties shall ensure that protection services are age-, gender- and disability-sensitive.

3. In order to prevent the occurrence of all forms of exploitation, violence and abuse, States Parties shall ensure that all facilities and programmes designed to serve persons with disabilities are effectively monitored by independent authorities.

4. States Parties shall take all appropriate measures to promote the physical, cognitive and psychological recovery, rehabilitation and social reintegration of persons with disabilities who become victims of any form of exploitation, violence or abuse, including through the provision of protection services. Such recovery and reintegration shall take place in an environment that fosters the health, welfare, self-respect, dignity and autonomy of the person and takes into account gender- and age-specific needs.

5. States Parties shall put in place effective legislation and policies, including women- and child-focused legislation and policies, to ensure that instances of exploitation, violence and abuse against persons with disabilities are identified, investigated and, where appropriate, prosecuted.

Article 17
Protecting the integrity of the person

Every person with disabilities has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others.

Article 18
Liberty of movement and nationality

1. States Parties shall recognize the rights of persons with disabilities to liberty of movement, to freedom to choose their residence and to a nationality, on an equal basis with others, including by ensuring that persons with disabilities:

(*a*) Have the right to acquire and change a nationality and are not deprived of their nationality arbitrarily or on the basis of disability;

(*b*) Are not deprived, on the basis of disability, of their ability to obtain, possess and utilize documentation of their nationality or other documentation of identification, or to utilize relevant processes such as immigration proceedings, that may be needed to facilitate exercise of the right to liberty of movement;

(*c*) Are free to leave any country, including their own;

(*d*) Are not deprived, arbitrarily or on the basis of disability, of the right to enter their own country.

2. Children with disabilities shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by their parents.

Article 19
Living independently and being included in the community

States Parties to the present Convention recognize the equal right of all persons with disabilities to live in the community, with choices equal to others, and shall take effective and appropriate measures to facilitate full enjoyment by persons with disabilities of this right and their full inclusion and participation in the community, including by ensuring that:

(*a*) Persons with disabilities have the opportunity to choose their place of residence and where and with whom they live on an equal basis with others and are not obliged to live in a particular living arrangement;

(*b*) Persons with disabilities have access to a range of in-home, residential and other community support services, including personal assistance necessary to support living and inclusion in the community, and to prevent isolation or segregation from the community;

(*c*) Community services and facilities for the general population are available on an equal basis to persons with disabilities and are responsive to their needs.

Article 20
Personal mobility

States Parties shall take effective measures to ensure personal mobility with the greatest possible independence for persons with disabilities, including by:

(*a*) Facilitating the personal mobility of persons with disabilities in the manner and at the time of their choice, and at affordable cost;

(*b*) Facilitating access by persons with disabilities to quality mobility aids, devices, assistive technologies and forms of live assistance and intermediaries, including by making them available at affordable cost;

(*c*) Providing training in mobility skills to persons with disabilities and to specialist staff working with persons with disabilities;

(*d*) Encouraging entities that produce mobility aids, devices and assistive technologies to take into account all aspects of mobility for persons with disabilities.

Article 21
Freedom of expression and opinion, and access to information

States Parties shall take all appropriate measures to ensure that persons with disabilities can exercise the right to freedom of expression and opinion, including the freedom to seek, receive and impart information and ideas on an equal basis with others and through all forms of communication of their choice, as defined in article 2 of the present Convention, including by:

(*a*) Providing information intended for the general public to persons with disabilities in accessible formats and technologies appropriate to different kinds of disabilities in a timely manner and without additional cost;

(*b*) Accepting and facilitating the use of sign languages, Braille, augmentative and alternative communication, and all other accessible means,

modes and formats of communication of their choice by persons with disabilities in official interactions;

(*c*) Urging private entities that provide services to the general public, including through the Internet, to provide information and services in accessible and usable formats for persons with disabilities;

(*d*) Encouraging the mass media, including providers of information through the Internet, to make their services accessible to persons with disabilities;

(*e*) Recognizing and promoting the use of sign languages.

Article 22
Respect for privacy

1. No person with disabilities, regardless of place of residence or living arrangements, shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence or other types of communication or to unlawful attacks on his or her honour and reputation. Persons with disabilities have the right to the protection of the law against such interference or attacks.

2. States Parties shall protect the privacy of personal, health and rehabilitation information of persons with disabilities on an equal basis with others.

Article 23
Respect for home and the family

1. States Parties shall take effective and appropriate measures to eliminate discrimination against persons with disabilities in all matters relating to marriage, family, parenthood and relationships, on an equal basis with others, so as to ensure that:

(*a*) The right of all persons with disabilities who are of marriageable age to marry and to found a family on the basis of free and full consent of the intending spouses is recognized;

(*b*) The rights of persons with disabilities to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to age-appropriate information, reproductive and family planning education are recognized, and the means necessary to enable them to exercise these rights are provided;

(*c*) Persons with disabilities, including children, retain their fertility on an equal basis with others.

2. States Parties shall ensure the rights and responsibilities of persons with disabilities, with regard to guardianship, wardship, trusteeship, adoption of children or similar institutions, where these concepts exist in national legislation; in all cases the best interests of the child shall be paramount. States Parties shall render appropriate assistance to persons with disabilities in the performance of their child-rearing responsibilities.

3. States Parties shall ensure that children with disabilities have equal rights with respect to family life. With a view to realizing these rights, and to prevent concealment, abandonment, neglect and segregation of children with disabilities, States Parties shall undertake to provide early and comprehensive information, services and support to children with disabilities and their families.

4. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. In no case shall a child be separated from parents on the basis of a disability of either the child or one or both of the parents.

5. States Parties shall, where the immediate family is unable to care for a child with disabilities, undertake every effort to provide alternative care within the wider family, and failing that, within the community in a family setting.

Article 24
Education

1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to education. With a view to realizing this right without discrimination and on the basis of equal opportunity, States Parties shall ensure an inclusive education system at all levels and lifelong learning directed to:

(*a*) The full development of human potential and sense of dignity and self-worth, and the strengthening of respect for human rights, fundamental freedoms and human diversity;

(*b*) The development by persons with disabilities of their personality, talents and creativity, as well as their mental and physical abilities, to their fullest potential;

(*c*) Enabling persons with disabilities to participate effectively in a free society.

2. In realizing this right, States Parties shall ensure that:

(*a*) Persons with disabilities are not excluded from the general education system on the basis of disability, and that children with disabilities are not excluded from free and compulsory primary education, or from secondary education, on the basis of disability;

(*b*) Persons with disabilities can access an inclusive, quality and free primary education and secondary education on an equal basis with others in the communities in which they live;

(*c*) Reasonable accommodation of the individual's requirements is provided;

(*d*) Persons with disabilities receive the support required, within the general education system, to facilitate their effective education;

(*e*) Effective individualized support measures are provided in environments that maximize academic and social development, consistent with the goal of full inclusion.

3. States Parties shall enable persons with disabilities to learn life and social development skills to facilitate their full and equal participation in education and as members of the community. To this end, States Parties shall take appropriate measures, including:

(*a*) Facilitating the learning of Braille, alternative script, augmentative and alternative modes, means and formats of communication and orientation and mobility skills, and facilitating peer support and mentoring;

(*b*) Facilitating the learning of sign language and the promotion of the linguistic identity of the deaf community;

(*c*) Ensuring that the education of persons, and in particular children, who are blind, deaf or deafblind, is delivered in the most appropriate languages and modes and means of communication for the individual, and in environments which maximize academic and social development.

4. In order to help ensure the realization of this right, States Parties shall take appropriate measures to employ teachers, including teachers with disabilities, who are qualified in sign language and/or Braille, and to train professionals and staff who work at all levels of education. Such training shall incorporate disability awareness and the use of appropriate augmentative and alternative modes, means and formats of communication, educational techniques and materials to support persons with disabilities.

5. States Parties shall ensure that persons with disabilities are able to access general tertiary education, vocational training, adult education and lifelong learning without discrimination and on an equal basis with others. To this end, States Parties shall ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities.

Article 25
Health

States Parties recognize that persons with disabilities have the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health without discrimination on the basis of disability. States Parties shall take all appropriate measures to ensure access for persons with disabilities to health services that are gender-sensitive, including health-related rehabilitation. In particular, States Parties shall:

(*a*) Provide persons with disabilities with the same range, quality and standard of free or affordable health care and programmes as provided to other persons, including in the area of sexual and reproductive health and population-based public health programmes;

(*b*) Provide those health services needed by persons with disabilities specifically because of their disabilities, including early identification and intervention as appropriate, and services designed to minimize and prevent further disabilities, including among children and older persons;

(*c*) Provide these health services as close as possible to people's own communities, including in rural areas;

(*d*) Require health professionals to provide care of the same quality to persons with disabilities as to others, including on the basis of free and informed consent by, inter alia, raising awareness of the human rights, dignity, autonomy and needs of persons with disabilities through training and the promulgation of ethical standards for public and private health care;

(*e*) Prohibit discrimination against persons with disabilities in the provision of health insurance, and life insurance where such insurance is permitted by national law, which shall be provided in a fair and reasonable manner;

(*f*) Prevent discriminatory denial of health care or health services or food and fluids on the basis of disability.

Article 26
Habilitation and rehabilitation

1. States Parties shall take effective and appropriate measures, including through peer support, to enable persons with disabilities to attain and maintain maximum independence, full physical, mental, social and vocational ability, and full inclusion and participation in all aspects of life. To that end, States Parties shall organize, strengthen and extend comprehensive habilitation and rehabilitation services and programmes, particularly in the areas of health, employment, education and social services, in such a way that these services and programmes:

(*a*) Begin at the earliest possible stage, and are based on the multidisciplinary assessment of individual needs and strengths;

(*b*) Support participation and inclusion in the community and all aspects of society, are voluntary, and are available to persons with disabilities as close as possible to their own communities, including in rural areas.

2. States Parties shall promote the development of initial and continuing training for professionals and staff working in habilitation and rehabilitation services.

3. States Parties shall promote the availability, knowledge and use of assistive devices and technologies, designed for persons with disabilities, as they relate to habilitation and rehabilitation.

Article 27
Work and employment

1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to work, on an equal basis with others; this includes the right to the opportunity to gain a living by work freely chosen or accepted in a labour market and work environment that is open, inclusive and accessible to persons with disabilities. States Parties shall safeguard and promote the realization of the right to work, including for those who acquire a disability during the course of employment, by taking appropriate steps, including through legislation, to, inter alia:

(*a*) Prohibit discrimination on the basis of disability with regard to all matters concerning all forms of employment, including conditions of recruitment, hiring and employment, continuance of employment, career advancement and safe and healthy working conditions;

(*b*) Protect the rights of persons with disabilities, on an equal basis with others, to just and favourable conditions of work, including equal opportunities and equal remuneration for work of equal value, safe and healthy

working conditions, including protection from harassment, and the redress of grievances;

(*c*) Ensure that persons with disabilities are able to exercise their labour and trade union rights on an equal basis with others;

(*d*) Enable persons with disabilities to have effective access to general technical and vocational guidance programmes, placement services and vocational and continuing training;

(*e*) Promote employment opportunities and career advancement for persons with disabilities in the labour market, as well as assistance in finding, obtaining, maintaining and returning to employment;

(*f*) Promote opportunities for self-employment, entrepreneurship, the development of cooperatives and starting one's own business;

(*g*) Employ persons with disabilities in the public sector;

(*h*) Promote the employment of persons with disabilities in the private sector through appropriate policies and measures, which may include affirmative action programmes, incentives and other measures;

(*i*) Ensure that reasonable accommodation is provided to persons with disabilities in the workplace;

(*j*) Promote the acquisition by persons with disabilities of work experience in the open labour market;

(*k*) Promote vocational and professional rehabilitation, job retention and return-to-work programmes for persons with disabilities.

2. States Parties shall ensure that persons with disabilities are not held in slavery or in servitude, and are protected, on an equal basis with others, from forced or compulsory labour.

Article 28
Adequate standard of living and social protection

1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to an adequate standard of living for themselves and their families, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions, and shall take appropriate steps to safeguard and promote the realization of this right without discrimination on the basis of disability.

2. States Parties recognize the right of persons with disabilities to social protection and to the enjoyment of that right without discrimination on the basis of disability, and shall take appropriate steps to safeguard and promote the realization of this right, including measures:

(*a*) To ensure equal access by persons with disabilities to clean water services, and to ensure access to appropriate and affordable services, devices and other assistance for disability-related needs;

(*b*) To ensure access by persons with disabilities, in particular women and girls with disabilities and older persons with disabilities, to social protection programmes and poverty reduction programmes;

(*c*) To ensure access by persons with disabilities and their families living in situations of poverty to assistance from the State with disability-related expenses, including adequate training, counselling, financial assistance and respite care;

(*d*) To ensure access by persons with disabilities to public housing programmes;

(*e*) To ensure equal access by persons with disabilities to retirement benefits and programmes.

Article 29
Participation in political and public life

States Parties shall guarantee to persons with disabilities political rights and the opportunity to enjoy them on an equal basis with others, and shall undertake:

(*a*) To ensure that persons with disabilities can effectively and fully participate in political and public life on an equal basis with others, directly or through freely chosen representatives, including the right and opportunity for persons with disabilities to vote and be elected, inter alia, by:

(i) Ensuring that voting procedures, facilities and materials are appropriate, accessible and easy to understand and use;

(ii) Protecting the right of persons with disabilities to vote by secret ballot in elections and public referendums without intimidation, and to stand for elections, to effectively hold office and perform all public functions at all levels of government, facilitating the use of assistive and new technologies where appropriate;

(iii) Guaranteeing the free expression of the will of persons with disabilities as electors and to this end, where necessary, at their request, allowing assistance in voting by a person of their own choice;

(*b*) To promote actively an environment in which persons with disabilities can effectively and fully participate in the conduct of public affairs, without discrimination and on an equal basis with others, and encourage their participation in public affairs, including:

(i) Participation in non-governmental organizations and associations concerned with the public and political life of the country, and in the activities and administration of political parties;

(ii) Forming and joining organizations of persons with disabilities to represent persons with disabilities at international, national, regional and local levels.

Article 30
Participation in cultural life, recreation, leisure and sport

1. States Parties recognize the right of persons with disabilities to take part on an equal basis with others in cultural life, and shall take all appropriate measures to ensure that persons with disabilities:

(*a*) Enjoy access to cultural materials in accessible formats;

(*b*) Enjoy access to television programmes, films, theatre and other cultural activities, in accessible formats;

(*c*) Enjoy access to places for cultural performances or services, such as theatres, museums, cinemas, libraries and tourism services, and, as far as possible, enjoy access to monuments and sites of national cultural importance.

2. States Parties shall take appropriate measures to enable persons with disabilities to have the opportunity to develop and utilize their creative, artistic and intellectual potential, not only for their own benefit, but also for the enrichment of society.

3. States Parties shall take all appropriate steps, in accordance with international law, to ensure that laws protecting intellectual property rights do not constitute an unreasonable or discriminatory barrier to access by persons with disabilities to cultural materials.

4. Persons with disabilities shall be entitled, on an equal basis with others, to recognition and support of their specific cultural and linguistic identity, including sign languages and deaf culture.

5. With a view to enabling persons with disabilities to participate on an equal basis with others in recreational, leisure and sporting activities, States Parties shall take appropriate measures:

(*a*) To encourage and promote the participation, to the fullest extent possible, of persons with disabilities in mainstream sporting activities at all levels;

(*b*) To ensure that persons with disabilities have an opportunity to organize, develop and participate in disability-specific sporting and recreational activities and, to this end, encourage the provision, on an equal basis with others, of appropriate instruction, training and resources;

(*c*) To ensure that persons with disabilities have access to sporting, recreational and tourism venues;

(*d*) To ensure that children with disabilities have equal access with other children to participation in play, recreation and leisure and sporting activities, including those activities in the school system;

(*e*) To ensure that persons with disabilities have access to services from those involved in the organization of recreational, tourism, leisure and sporting activities.

Article 31
Statistics and data collection

1. States Parties undertake to collect appropriate information, including statistical and research data, to enable them to formulate and implement policies to give effect to the present Convention. The process of collecting and maintaining this information shall:

(*a*) Comply with legally established safeguards, including legislation on data protection, to ensure confidentiality and respect for the privacy of persons with disabilities;

(*b*) Comply with internationally accepted norms to protect human rights and fundamental freedoms and ethical principles in the collection and use of statistics.

2. The information collected in accordance with this article shall be disaggregated, as appropriate, and used to help assess the implementation of

States Parties' obligations under the present Convention and to identify and address the barriers faced by persons with disabilities in exercising their rights.

3. States Parties shall assume responsibility for the dissemination of these statistics and ensure their accessibility to persons with disabilities and others.

Article 32
International cooperation

1. States Parties recognize the importance of international cooperation and its promotion, in support of national efforts for the realization of the purpose and objectives of the present Convention, and will undertake appropriate and effective measures in this regard, between and among States and, as appropriate, in partnership with relevant international and regional organizations and civil society, in particular organizations of persons with disabilities. Such measures could include, inter alia:

(*a*) Ensuring that international cooperation, including international development programmes, is inclusive of and accessible to persons with disabilities;

(*b*) Facilitating and supporting capacity-building, including through the exchange and sharing of information, experiences, training programmes and best practices;

(*c*) Facilitating cooperation in research and access to scientific and technical knowledge;

(*d*) Providing, as appropriate, technical and economic assistance, including by facilitating access to and sharing of accessible and assistive technologies, and through the transfer of technologies.

2. The provisions of this article are without prejudice to the obligations of each State Party to fulfil its obligations under the present Convention.

Article 33
National implementation and monitoring

1. States Parties, in accordance with their system of organization, shall designate one or more focal points within government for matters relating to the implementation of the present Convention, and shall give due consideration to the establishment or designation of a coordination mechanism within government to facilitate related action in different sectors and at different levels.

2. States Parties shall, in accordance with their legal and administrative systems, maintain, strengthen, designate or establish within the State Party, a framework, including one or more independent mechanisms, as appropriate, to promote, protect and monitor implementation of the present Convention. When designating or establishing such a mechanism, States Parties shall take into account the principles relating to the status and functioning of national institutions for protection and promotion of human rights.

3. Civil society, in particular persons with disabilities and their representative organizations, shall be involved and participate fully in the monitoring process.

Article 34
Committee on the Rights of Persons with Disabilities

1. There shall be established a Committee on the Rights of Persons with Disabilities (hereafter referred to as "the Committee"), which shall carry out the functions hereinafter provided.

2. The Committee shall consist, at the time of entry into force of the present Convention, of twelve experts. After an additional sixty ratifications or accessions to the Convention, the membership of the Committee shall increase by six members, attaining a maximum number of eighteen members.

3. The members of the Committee shall serve in their personal capacity and shall be of high moral standing and recognized competence and experience in the field covered by the present Convention. When nominating their candidates, States Parties are invited to give due consideration to the provision set out in article 4, paragraph 3, of the present Convention.

4. The members of the Committee shall be elected by States Parties, consideration being given to equitable geographical distribution, representation of the different forms of civilization and of the principal legal systems, balanced gender representation and participation of experts with disabilities.

5. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by the States Parties from among their nationals at meetings of the Conference of States Parties. At those meetings, for which two thirds of States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

6. The initial election shall be held no later than six months after the date of entry into force of the present Convention. At least four months before the date of each election, the Secretary-General of the United Nations shall

address a letter to the States Parties inviting them to submit the nominations within two months. The Secretary-General shall subsequently prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating the State Parties which have nominated them, and shall submit it to the States Parties to the present Convention.

7. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. They shall be eligible for re-election once. However, the term of six of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election, the names of these six members shall be chosen by lot by the chairperson of the meeting referred to in paragraph 5 of this article.

8. The election of the six additional members of the Committee shall be held on the occasion of regular elections, in accordance with the relevant provisions of this article.

9. If a member of the Committee dies or resigns or declares that for any other cause she or he can no longer perform her or his duties, the State Party which nominated the member shall appoint another expert possessing the qualifications and meeting the requirements set out in the relevant provisions of this article, to serve for the remainder of the term.

10. The Committee shall establish its own rules of procedure.

11. The Secretary-General of the United Nations shall provide the necessary staff and facilities for the effective performance of the functions of the Committee under the present Convention, and shall convene its initial meeting.

12. With the approval of the General Assembly of the United Nations, the members of the Committee established under the present Convention shall receive emoluments from United Nations resources on such terms and conditions as the Assembly may decide, having regard to the importance of the Committee's responsibilities.

13. The members of the Committee shall be entitled to the facilities, privileges and immunities of experts on mission for the United Nations as laid down in the relevant sections of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

Article 35
Reports by States Parties

1. Each State Party shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, a comprehensive report on measures taken to give effect to its obligations under the present Convention and on the progress

made in that regard, within two years after the entry into force of the present Convention for the State Party concerned.

2. Thereafter, States Parties shall submit subsequent reports at least every four years and further whenever the Committee so requests.

3. The Committee shall decide any guidelines applicable to the content of the reports.

4. A State Party which has submitted a comprehensive initial report to the Committee need not, in its subsequent reports, repeat information previously provided. When preparing reports to the Committee, States Parties are invited to consider doing so in an open and transparent process and to give due consideration to the provision set out in article 4, paragraph 3, of the present Convention.

5. Reports may indicate factors and difficulties affecting the degree of fulfilment of obligations under the present Convention.

Article 36
Consideration of reports

1. Each report shall be considered by the Committee, which shall make such suggestions and general recommendations on the report as it may consider appropriate and shall forward these to the State Party concerned. The State Party may respond with any information it chooses to the Committee. The Committee may request further information from States Parties relevant to the implementation of the present Convention.

2. If a State Party is significantly overdue in the submission of a report, the Committee may notify the State Party concerned of the need to examine the implementation of the present Convention in that State Party, on the basis of reliable information available to the Committee, if the relevant report is not submitted within three months following the notification. The Committee shall invite the State Party concerned to participate in such examination. Should the State Party respond by submitting the relevant report, the provisions of paragraph 1 of this article will apply.

3. The Secretary-General of the United Nations shall make available the reports to all States Parties.

4. States Parties shall make their reports widely available to the public in their own countries and facilitate access to the suggestions and general recommendations relating to these reports.

5. The Committee shall transmit, as it may consider appropriate, to the specialized agencies, funds and programmes of the United Nations, and other competent bodies, reports from States Parties in order to address a request or indication of a need for technical advice or assistance contained therein, along with the Committee's observations and recommendations, if any, on these requests or indications.

Article 37
Cooperation between States Parties and the Committee

1. Each State Party shall cooperate with the Committee and assist its members in the fulfilment of their mandate.

2. In its relationship with States Parties, the Committee shall give due consideration to ways and means of enhancing national capacities for the implementation of the present Convention, including through international cooperation.

Article 38
Relationship of the Committee with other bodies

In order to foster the effective implementation of the present Convention and to encourage international cooperation in the field covered by the present Convention:

(*a*) The specialized agencies and other United Nations organs shall be entitled to be represented at the consideration of the implementation of such provisions of the present Convention as fall within the scope of their mandate. The Committee may invite the specialized agencies and other competent bodies as it may consider appropriate to provide expert advice on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their respective mandates. The Committee may invite specialized agencies and other United Nations organs to submit reports on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their activities;

(*b*) The Committee, as it discharges its mandate, shall consult, as appropriate, other relevant bodies instituted by international human rights treaties, with a view to ensuring the consistency of their respective reporting guidelines, suggestions and general recommendations, and avoiding duplication and overlap in the performance of their functions.

Article 39
Report of the Committee

The Committee shall report every two years to the General Assembly and to the Economic and Social Council on its activities, and may make

suggestions and general recommendations based on the examination of reports and information received from the States Parties. Such suggestions and general recommendations shall be included in the report of the Committee together with comments, if any, from States Parties.

Article 40
Conference of States Parties

1. The States Parties shall meet regularly in a Conference of States Parties in order to consider any matter with regard to the implementation of the present Convention.

2. No later than six months after the entry into force of the present Convention, the Conference of States Parties shall be convened by the Secretary-General of the United Nations. The subsequent meetings shall be convened by the Secretary-General biennially or upon the decision of the Conference of States Parties.

Article 41
Depositary

The Secretary-General of the United Nations shall be the depositary of the present Convention.

Article 42
Signature

The present Convention shall be open for signature by all States and by regional integration organizations at United Nations Headquarters in New York as of 30 March 2007.

Article 43
Consent to be bound

The present Convention shall be subject to ratification by signatory States and to formal confirmation by signatory regional integration organizations. It shall be open for accession by any State or regional integration organization which has not signed the Convention.

Article 44
Regional integration organizations

1. "Regional integration organization" shall mean an organization constituted by sovereign States of a given region, to which its member States have transferred competence in respect of matters governed by the present Convention. Such organizations shall declare, in their instruments of formal

confirmation or accession, the extent of their competence with respect to matters governed by the present Convention. Subsequently, they shall inform the depositary of any substantial modification in the extent of their competence.

2. References to "States Parties" in the present Convention shall apply to such organizations within the limits of their competence.

3. For the purposes of article 45, paragraph 1, and article 47, paragraphs 2 and 3, of the present Convention, any instrument deposited by a regional integration organization shall not be counted.

4. Regional integration organizations, in matters within their competence, may exercise their right to vote in the Conference of States Parties, with a number of votes equal to the number of their member States that are Parties to the present Convention. Such an organization shall not exercise its right to vote if any of its member States exercises its right, and vice versa.

Article 45
Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession.

2. For each State or regional integration organization ratifying, formally confirming or acceding to the present Convention after the deposit of the twentieth such instrument, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit of its own such instrument.

Article 46
Reservations

1. Reservations incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.

2. Reservations may be withdrawn at any time.

Article 47
Amendments

1. Any State Party may propose an amendment to the present Convention and submit it to the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall communicate any proposed amendments to States Parties, with a request to be notified whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering and deciding upon the proposals. In the event that, within four months from the date of such communication, at least one third of

the States Parties favour such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations. Any amendment adopted by a majority of two thirds of the States Parties present and voting shall be submitted by the Secretary-General to the General Assembly of the United Nations for approval and thereafter to all States Parties for acceptance.

2. An amendment adopted and approved in accordance with paragraph 1 of this article shall enter into force on the thirtieth day after the number of instruments of acceptance deposited reaches two thirds of the number of States Parties at the date of adoption of the amendment. Thereafter, the amendment shall enter into force for any State Party on the thirtieth day following the deposit of its own instrument of acceptance. An amendment shall be binding only on those States Parties which have accepted it.

3. If so decided by the Conference of States Parties by consensus, an amendment adopted and approved in accordance with paragraph 1 of this article which relates exclusively to articles 34, 38, 39 and 40 shall enter into force for all States Parties on the thirtieth day after the number of instruments of acceptance deposited reaches two thirds of the number of States Parties at the date of adoption of the amendment.

Article 48
Denunciation

A State Party may denounce the present Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations. The denunciation shall become effective one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

Article 49
Accessible format

The text of the present Convention shall be made available in accessible formats.

Article 50
Authentic texts

The Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts of the present Convention shall be equally authentic.

IN WITNESS THEREOF the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed the present Convention.

OPTIONAL PROTOCOL TO THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

The States Parties to the present Protocol have agreed as follows:

Article 1

1. A State Party to the present Protocol ("State Party") recognizes the competence of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities ("the Committee") to receive and consider communications from or on behalf of individuals or groups of individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that State Party of the provisions of the Convention.

2. No communication shall be received by the Committee if it concerns a State Party to the Convention that is not a party to the present Protocol.

Article 2

The Committee shall consider a communication inadmissible when:

(a) The communication is anonymous;
(b) The communication constitutes an abuse of the right of submission of such communications or is incompatible with the provisions of the Convention;
(c) The same matter has already been examined by the Committee or has been or is being examined under another procedure of international investigation or settlement;
(d) All available domestic remedies have not been exhausted. This shall not be the rule where the application of the remedies is unreasonably prolonged or unlikely to bring effective relief;
(e) It is manifestly ill-founded or not sufficiently substantiated; or when
(f) The facts that are the subject of the communication occurred prior to the entry into force of the present Protocol for the State Party concerned unless those facts continued after that date.

Article 3

Subject to the provisions of article 2 of the present Protocol, the Committee shall bring any communications submitted to it confidentially to the attention of the State Party. Within six months, the receiving State shall submit to the Committee written explanations or statements clarifying the matter and the remedy, if any, that may have been taken by that State.

Article 4

1. At any time after the receipt of a communication and before a determination on the merits has been reached, the Committee may transmit to the State Party concerned for its urgent consideration a request that the State Party take such interim measures as may be necessary to avoid possible irreparable damage to the victim or victims of the alleged violation.

2. Where the Committee exercises its discretion under paragraph 1 of this article, this does not imply a determination on admissibility or on the merits of the communication.

Article 5

The Committee shall hold closed meetings when examining communications under the present Protocol. After examining a communication, the Committee shall forward its suggestions and recommendations, if any, to the State Party concerned and to the petitioner.

Article 6

1. If the Committee receives reliable information indicating grave or systematic violations by a State Party of rights set forth in the Convention, the Committee shall invite that State Party to cooperate in the examination of the information and to this end submit observations with regard to the information concerned.

2. Taking into account any observations that may have been submitted by the State Party concerned as well as any other reliable information available to it, the Committee may designate one or more of its members to conduct an inquiry and to report urgently to the Committee. Where warranted and with the consent of the State Party, the inquiry may include a visit to its territory.

3. After examining the findings of such an inquiry, the Committee shall transmit these findings to the State Party concerned together with any comments and recommendations.

4. The State Party concerned shall, within six months of receiving the findings, comments and recommendations transmitted by the Committee, submit its observations to the Committee.

5. Such an inquiry shall be conducted confidentially and the cooperation of the State Party shall be sought at all stages of the proceedings.

Article 7

1. The Committee may invite the State Party concerned to include in its report under article 35 of the Convention details of any measures taken in response to an inquiry conducted under article 6 of the present Protocol.

2. The Committee may, if necessary, after the end of the period of six months referred to in article 6, paragraph 4, invite the State Party concerned to inform it of the measures taken in response to such an inquiry.

Article 8

Each State Party may, at the time of signature or ratification of the present Protocol or accession thereto, declare that it does not recognize the competence of the Committee provided for in articles 6 and 7.

Article 9

The Secretary-General of the United Nations shall be the depositary of the present Protocol.

Article 10

The present Protocol shall be open for signature by signatory States and regional integration organizations of the Convention at United Nations Headquarters in New York as of 30 March 2007.

Article 11

The present Protocol shall be subject to ratification by signatory States of the present Protocol which have ratified or acceded to the Convention. It shall be subject to formal confirmation by signatory regional integration organizations of the present Protocol which have formally confirmed or acceded to the Convention. It shall be open for accession by any State or regional integration organization which has ratified, formally confirmed or acceded to the Convention and which has not signed the Protocol.

Article 12

1. "Regional integration organization" shall mean an organization constituted by sovereign States of a given region, to which its member States have transferred competence in respect of matters governed by the Convention and the present Protocol. Such organizations shall declare, in their instruments of formal confirmation or accession, the extent of their competence with respect to matters governed by the Convention and the present Protocol.

Subsequently, they shall inform the depositary of any substantial modification in the extent of their competence.

2. References to "States Parties" in the present Protocol shall apply to such organizations within the limits of their competence.

3. For the purposes of article 13, paragraph 1, and article 15, paragraph 2, of the present Protocol, any instrument deposited by a regional integration organization shall not be counted.

4. Regional integration organizations, in matters within their competence, may exercise their right to vote in the meeting of States Parties, with a number of votes equal to the number of their member States that are Parties to the present Protocol. Such an organization shall not exercise its right to vote if any of its member States exercises its right, and vice versa.

Article 13

1. Subject to the entry into force of the Convention, the present Protocol shall enter into force on the thirtieth day after the deposit of the tenth instrument of ratification or accession.

2. For each State or regional integration organization ratifying, formally confirming or acceding to the present Protocol after the deposit of the tenth such instrument, the Protocol shall enter into force on the thirtieth day after the deposit of its own such instrument.

Article 14

1. Reservations incompatible with the object and purpose of the present Protocol shall not be permitted.

2. Reservations may be withdrawn at any time.

Article 15

1. Any State Party may propose an amendment to the present Protocol and submit it to the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall communicate any proposed amendments to States Parties, with a request to be notified whether they favour a meeting of States Parties for the purpose of considering and deciding upon the proposals. In the event that, within four months from the date of such communication, at least one third of the States Parties favour such a meeting, the Secretary-General shall convene the meeting under the auspices of the United Nations. Any amendment adopted by a majority of two thirds of the States Parties present and voting shall be

submitted by the Secretary-General to the General Assembly of the United Nations for approval and thereafter to all States Parties for acceptance.

2. An amendment adopted and approved in accordance with paragraph 1 of this article shall enter into force on the thirtieth day after the number of instruments of acceptance deposited reaches two thirds of the number of States Parties at the date of adoption of the amendment. Thereafter, the amendment shall enter into force for any State Party on the thirtieth day following the deposit of its own instrument of acceptance. An amendment shall be binding only on those States Parties which have accepted it.

Article 16

A State Party may denounce the present Protocol by written notification to the Secretary-General of the United Nations. The denunciation shall become effective one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

Article 17

The text of the present Protocol shall be made available in accessible formats.

Article 18

The Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts of the present Protocol shall be equally authentic.

IN WITNESS THEREOF the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed the present Protocol.

9

2002 SCC 84 (CanLII)

Louise Gosselin *Appellant*

v.

The Attorney General of Quebec *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, Rights and Democracy (also known as International Centre for Human Rights and Democratic Development), Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, the National Association of Women and the Law (NAWL), the Charter Committee on Poverty Issues (CCPI) and the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA) *Interveners*

Louise Gosselin *Appelante*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, Droits et Démocratie (aussi appelé le Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, l'Association nationale de la femme et du droit (ANFD), le Comité de la Charte et des questions de pauvreté (CCQP) et l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne (ACCCDP) *Intervenants*

INDEXED AS: GOSSELIN *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2002 SCC 84.

File No.: 27418.

2001: October 29; 2002: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Equality — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

RÉPERTORIÉ : GOSSELIN *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2002 CSC 84.

N^{o} du greffe : 27418.

2001 : 29 octobre; 2002 : 19 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Security of person — Welfare — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

Civil rights — Economic and social rights — Financial assistance — Regulation providing for reduced welfare benefits for individuals under 30 not participating in training or work experience employment programs — Whether Regulation infringed right to measures of financial assistance — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 45 — Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, s. 29(a).

In 1984 the Quebec government created a new social assistance scheme. Section 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, made under the 1984 *Social Aid Act*, set the base amount of welfare payable to persons under the age of 30 at roughly one third of the base amount payable to those 30 and over. Under the new scheme, participation in one of three education or work experience programs allowed people under 30 to increase their welfare payments to either the same as, or within $100 of, the base amount payable to those 30 and over. In 1989 this scheme was replaced by legislation that no longer made this age-based distinction.

The appellant, a welfare recipient, brought a class action challenging the 1984 social assistance scheme on behalf of all welfare recipients under 30 subject to the differential regime from 1985 to 1989. The appellant argued that the 1984 social assistance regime violated ss. 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. She requested that s. 29(*a*) of the Regulation be declared to have been invalid from 1987 (when it lost the protection of the notwithstanding clause) to 1989, and that the government of Quebec be ordered to reimburse all affected welfare recipients for the difference between what they actually received and what they would have received had they been 30 years of age or over, for a total of

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Sécurité de la personne — Aide sociale — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

Libertés publiques — Droits économiques et sociaux — Aide financière — Règlement prescrivant une réduction du montant des prestations d'aide sociale versées aux personnes de moins de 30 ans qui ne participaient pas à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail — Le règlement portait-il atteinte au droit à des mesures d'assistance financière? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 45 — Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 29a).

En 1984, le gouvernement du Québec a créé un nouveau régime d'aide sociale. L'alinéa 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale* pris en application de la *Loi sur l'aide sociale* de 1984 fixait le montant des prestations de base payables aux personnes de moins de 30 ans au tiers environ de celui des prestations de base versées aux 30 ans et plus. En participant à l'un des trois programmes de formation et de stages en milieu de travail prévus par le nouveau régime, les bénéficiaires de moins de 30 ans étaient en mesure de hausser leurs prestations à une somme égale ou inférieure de 100 $, selon le cas, aux prestations de base versées aux 30 ans et plus. En 1989, ce régime a été remplacé par une mesure législative qui n'appliquait plus la distinction fondée sur l'âge.

L'appelante, une bénéficiaire d'aide sociale, a intenté un recours collectif dans lequel elle conteste le régime d'aide sociale de 1984, au nom de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui ont été assujettis au traitement différent de 1985 à 1989. L'appelante plaide que le régime d'aide sociale en vigueur en 1984 contrevenait à l'art. 7 et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Elle demande un jugement déclarant invalide l'al. 29*a*) du règlement pour la période de 1987 (lorsque a pris fin la protection offerte par la disposition d'exemption) à 1989, et ordonnant au gouvernement du Québec de rembourser à tous les bénéficiaires d'aide sociale visés une somme égale à la différence entre les prestations qu'ils ont reçues et celles

2002 SCC 84 (CanLII)

roughly $389 million, plus interest. The Superior Court dismissed the class action. The Court of Appeal upheld the decision.

Held (L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 29(*a*) of the Regulation was constitutional.

(1) *Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: Section 29(*a*) of the Regulation did not infringe s. 15 of the Canadian *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 15 of the Canadian *Charter* and the infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

(2) *Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.: Section 29(*a*) of the Regulation did not infringe s. 7 of the Canadian *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé and Arbour JJ. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 7 of the Canadian *Charter* and the infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

(3) *Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie and LeBel JJ.: Section 29(*a*) of the Regulation did not violate s. 45 of the Quebec *Charter*.

Per Bastarache and Arbour JJ.: There is no need to determine whether s. 29(*a*) of the Regulation violated s. 45 of the Quebec *Charter* since the s. 45 right is unenforceable in the circumstances of this case.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation violated s. 45 of the Quebec *Charter*.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The differential welfare scheme did not breach s. 15 of the *Charter*. The appellant has failed to discharge her burden of proof on the third branch of the *Law* test, as she has not demonstrated that the government treated her as less worthy than older welfare recipients, simply because it conditioned increased payments on her participation in programs designed specifically to integrate her into the workforce and to promote her long-term self-sufficiency.

qu'ils auraient touchées s'ils avaient eu 30 ans ou plus, soit une somme totale d'environ 389 millions de dollars, plus les intérêts. La Cour supérieure a rejeté le recours collectif et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 29*a*) du règlement était constitutionnel.

(1) *Le* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 15 de la *Charte canadienne*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour et LeBel (dissidents) : L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 15 de la *Charte canadienne* et la violation n'était pas justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*.

(2) *Le* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 7 de la *Charte canadienne*.

Les juges L'Heureux-Dubé et Arbour (dissidentes) : L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 7 de la *Charte canadienne* et la violation n'était pas justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*.

(3) *Le* juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie et LeBel : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 45 de la *Charte* québécoise.

Les juges Bastarache et Arbour : Il n'est pas nécessaire de décider si l'al. 29*a*) du règlement violait l'art. 45 de la *Charte* québécoise, étant donné que le respect du droit prévu par cet article ne peut être imposé dans les circonstances du présent pourvoi.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 45 de la *Charte* québécoise.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie : Le régime d'aide sociale établissant une différence de traitement ne contrevenait pas à l'art. 15 de la *Charte*. L'appelante ne s'est pas acquittée de la preuve qui lui incombait à la troisième étape du test de l'arrêt *Law*, car elle n'a pas démontré que le gouvernement l'a traitée comme une personne de moindre valeur que les bénéficiaires d'aide sociale plus âgés, simplement parce qu'il a assujetti le versement de prestations accrues à sa participation à des programmes conçus expressément pour l'intégrer dans la population active et promouvoir son autonomie à long terme.

2002 SCC 84 (CanLII)

An examination of the four contextual factors set out in *Law* does not support a finding of discrimination and denial of human dignity. First, this is not a case where members of the complainant group suffered from pre-existing disadvantage and stigmatisation on the basis of their age. Age-based distinctions are a common and necessary way of ordering our society, and do not automatically evoke a context of pre-existing disadvantage suggesting discrimination and marginalization. Unlike people of very advanced age who may be presumed to lack abilities that they in fact possess, young people do not have a similar history of being undervalued.

À partir de l'examen des quatre facteurs contextuels énoncés dans *Law*, il est impossible de conclure à la discrimination et à l'existence d'une atteinte à la dignité humaine. Premièrement, il ne s'agit pas d'un cas où le groupe de la demanderesse a souffert d'un désavantage préexistant et de stigmates en raison de l'âge. Les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société et elles n'évoquent pas automatiquement le contexte d'un désavantage préexistant qui donne à croire à l'existence d'une discrimination et d'une marginalisation. Contrairement aux personnes d'âge avancé, qui peuvent être présumées dépourvues de certaines aptitudes qu'elles possèdent en réalité, les jeunes adultes n'ont pas été sous-estimés de la même manière par le passé.

Second, the record in this case does not establish a lack of correspondence between the scheme and the actual circumstances of welfare recipients under 30. The evidence indicates that the purpose of the challenged distinction, far from being stereotypical or arbitrary, corresponded to the actual needs and circumstances of individuals under 30. The deep recession in the early 1980s, tightened eligibility requirements for federal unemployment insurance benefits, and a surge in the number of young people entering the job market caused an unprecedented increase in the number of people capable of working who ended up on the welfare rolls. The situation of young adults was particularly dire. The government's short-term purpose in adopting the scheme at issue was to get recipients under 30 into work and training programs that would make up for the lower base amount they received while teaching them valuable skills to get permanent jobs. The government's longer-term purpose was to provide young welfare recipients with precisely the kind of remedial education and skills training they lacked and needed in order to integrate into the workforce and become self-sufficient. The regime constituted an affirmation of young people's potential rather than a denial of their dignity. From the perspective of a reasonable person in the claimant's position, the legislature's decision to structure its social assistance programs to give young people the incentive to participate in programs specifically designed to provide them with training and experience was supported by logic and common sense. The allegation that there were not enough places in the programs to meet the needs of all welfare recipients under 30 who wanted to participate was rejected by the trial judge as unsubstantiated by the evidence. Absent demonstrated error, it is not open to this Court to revisit the trial judge's conclusion. Likewise, we cannot infer disparity between the purpose and effect of the scheme and the situation of those affected from the mere failure of government to prove that the assumptions upon which it proceeded were correct. Provided they are not based on arbitrary and demeaning stereotypes,

Deuxièmement, le dossier en l'espèce n'établit pas l'absence de lien entre le régime et la situation réelle des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. La preuve démontre que, loin d'être stéréotypé ou arbitraire, l'objet de la distinction contestée correspondait aux besoins et à la situation véritables des moins de 30 ans. La profonde récession du début des années 80, le resserrement des conditions d'admissibilité aux prestations fédérales d'assurance-chômage et la forte augmentation du nombre de jeunes intégrant le marché du travail ont provoqué un accroissement sans précédent du nombre de personnes aptes au travail qui ont néanmoins joint les rangs des prestataires d'aide sociale. La situation des jeunes adultes était particulièrement difficile. À court terme, l'objectif que visait le gouvernement en instaurant le régime contesté était de faire participer les bénéficiaires de moins de 30 ans à des programmes de travail et de formation qui compléteraient l'allocation de base inférieure qu'ils recevaient, tout en leur faisant acquérir des compétences utiles pour trouver des emplois permanents. À plus long terme, le gouvernement visait à offrir aux jeunes bénéficiaires précisément les cours de rattrapage et les compétences qui leur manquaient et dont ils avaient besoin pour réussir à s'intégrer dans la population active et à devenir autonomes. Le régime ne constituait pas une négation de la dignité des jeunes adultes, mais la reconnaissance de leur potentiel. Dans la perspective d'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse, la décision du législateur de structurer ses programmes d'aide sociale de façon à inciter les jeunes adultes à participer à des programmes spécialement conçus pour leur permettre d'acquérir formation et expérience prenait appui sur la logique et le sens commun. La prétention qu'il n'existait pas suffisamment de places disponibles dans les programmes pour répondre aux besoins de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui voulaient y participer a été rejetée par le juge du procès parce qu'il estimait la preuve à cet égard insuffisante. Il n'appartient pas à la Cour de réexaminer la conclusion du

2002 SCC 84 (CanLII)

the legislator is entitled to proceed on informed general assumptions that correspond, even if not perfectly, to the actual circumstances of the affected group. These considerations figure in assessing whether a reasonable person in the claimant's position would experience the legislation as a harm to her dignity.

juge de première instance en l'absence d'une erreur établie. De même, le simple fait que le gouvernement n'ait pas prouvé l'exactitude des hypothèses sur lesquelles il s'est fondé ne permet pas d'inférer qu'il y a disparité entre, d'une part, l'objet et l'effet du régime et, d'autre part, la situation des personnes touchées. Le législateur peut s'appuyer sur des hypothèses générales documentées qui correspondent, bien qu'imparfaitement, à la situation véritable du groupe touché, à la condition que ces hypothèses ne soient pas fondées sur des stéréotypes arbitraires et dégradants. Ces considérations sont prises en compte pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait perçu la mesure législative comme attentatoire à sa dignité.

Third, the "ameliorative purpose" contextual factor is neutral in the present case, since the scheme was not designed to improve the condition of another group. As a general contextual matter, a reasonable person in the appellant's position would take the fact that the Regulation was aimed at ameliorating the situation of welfare recipients under 30 into account in determining whether the scheme treated under-30s as less worthy of respect and consideration than those 30 and over.

Troisièmement, le facteur contextuel de « l'objectif d'amélioration » est neutre en l'espèce, car le régime n'a pas été conçu pour améliorer la situation d'un autre groupe. De façon générale, sur le plan contextuel, une personne raisonnable placée dans la situation de l'appelante tiendrait compte du fait que le Règlement visait à améliorer la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans pour déterminer si le régime traitait les moins de 30 ans comme moins dignes de respect et de considération que les 30 ans et plus.

Finally, the findings of the trial judge and the evidence do not support the view that the overall impact on the affected individuals undermined their human dignity and their right to be recognized as fully participating members of society notwithstanding their membership in the class affected by the distinction. Despite possible short-term negative impacts on the economic circumstances of some welfare recipients under 30 as compared to those 30 and over, the regime sought to improve the situation of people in this group and enhance their dignity and capacity for long-term self-reliance. This points not to discrimination but to concern for the situation of welfare recipients under 30.

Enfin, les conclusions du juge de première instance et les éléments de preuve n'appuient pas la prétention que l'incidence globale du régime sur les personnes touchées a porté atteinte à leur dignité humaine et à leur droit d'être reconnues comme membres à part entière de la société, même si elles font partie de la catégorie touchée par la distinction. Malgré la possibilité de conséquences négatives à court terme sur la situation économique de certains bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comparativement à leurs aînés, le régime visait à améliorer la situation des personnes appartenant à ce groupe et à renforcer leur dignité et leur capacité de subvenir à leurs besoins à long terme. Ces éléments tendent à révéler l'existence non pas d'une discrimination, mais d'une préoccupation pour la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans.

The factual record is insufficient to support the appellant's claim that the state deprived her of her s. 7 right to security of the person by providing her with a lower base amount of welfare benefits, in a way that violated the principles of fundamental justice. The dominant strand of jurisprudence on s. 7 sees its purpose as protecting life, liberty and security of the person from deprivations that occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration. The administration of justice can be implicated in a variety of circumstances and does not refer exclusively to processes operating in the criminal law. The meaning of the administration of

Le dossier factuel n'est pas suffisant pour étayer la prétention de l'appelante que l'État a porté atteinte à son droit à la sécurité de sa personne en lui versant un montant de base inférieur de prestations d'aide sociale, de façon non conforme aux principes de justice fondamentale. Selon le courant jurisprudentiel dominant concernant l'art. 7, cette disposition a pour objet d'empêcher les atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice. Tout un éventail de situations peuvent faire entrer en jeu l'administration de la justice et celle-ci ne s'entend pas

2002 SCC 84 (CanLII)

justice and s. 7 should be allowed to develop incrementally, as heretofore unforeseen issues arise for consideration. It is thus premature to conclude that s. 7 applies only in an adjudicative context. In the present case, the issue is whether s. 7 ought to apply despite the fact that the administration of justice is plainly not implicated. Thus far, the jurisprudence does not suggest that s. 7 places positive obligations on the state. Rather, s. 7 has been interpreted as restricting the state's ability to deprive people of their right to life, liberty and security of the person. Such a deprivation does not exist here and the circumstances of this case do not warrant a novel application of s. 7 as the basis for a positive state obligation to guarantee adequate living standards.

exclusivement des procédures criminelles. Il faut laisser le sens de la notion d'administration de la justice et la portée de l'art. 7 évoluer graduellement, au fur et à mesure que surgiront des questions jusqu'ici imprévues. Il est donc prématuré de conclure que l'art. 7 s'applique exclusivement dans un contexte juridictionnel. En l'espèce, la question est de savoir si la Cour doit appliquer l'art. 7 malgré le fait que l'administration de la justice n'est manifestement pas en jeu. Jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose une obligation positive à l'État. On a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il n'y a pas d'atteinte de cette nature en l'espèce et les circonstances ne justifient pas une application nouvelle de l'art. 7, selon laquelle il imposerait à l'État l'obligation positive de garantir un niveau de vie adéquat.

There is no breach of the right to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring an acceptable standard of living as protected by s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. Although s. 45 requires the government to provide social assistance measures, it places the adequacy of the particular measures adopted beyond the reach of judicial review. The language of s. 45 mandates only that the government be able to point to measures susceptible of ensuring an acceptable standard of living, without having to defend the wisdom of its enactments.

Il n'a pas été porté atteinte au droit à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, lequel est garanti par l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Bien que l'art. 45 oblige le gouvernement à établir des mesures d'aide sociale, il soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si ces mesures sont adéquates. Le libellé de l'art. 45 exige seulement que le gouvernement puisse établir l'existence de mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures.

Per Bastarache J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation did not infringe s. 7 of the *Charter*. The threat to the appellant's security of the person was not related to the administration of justice, nor was it caused by any state action, nor did the underinclusive nature of the legislation substantially prevent or inhibit the appellant from protecting her own security. The right to security of the person is protected by s. 7 only insofar as the claimant is deprived of this right by the state, in a manner contrary to the principles of fundamental justice. The strong relationship between s. 7 and the role of the judiciary leads to the conclusion that some relationship to the judicial system or its administration must be engaged before s. 7 may be applied. In this case, there is no link between the harm to the appellant's security of the person and the judicial system or its administration. Although the required link to the judicial system does not mean that s. 7 is limited to purely criminal or penal matters, it signifies, at the very least, that some determinative state action, analogous to a judicial or administrative process, must be shown to exist in order for one to be deprived of a s. 7 right. The threat to the appellant's security was brought upon her by the vagaries of a weak economy, not by the legislature's

Le juge Bastarache (dissident) : L'alinéa 29*a*) du règlement ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. La menace au droit à la sécurité de l'appelante n'était pas liée à l'administration de la justice et ne résultait pas d'une mesure de l'État; de plus, le caractère non inclusif du texte de loi n'a pas empêché concrètement l'appelante de protéger sa propre sécurité. Le droit à la sécurité de la personne n'est protégé par l'art. 7 que dans la mesure où c'est l'État qui, d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, prive l'individu du droit à la sécurité de sa personne. Le lien solide qui existe entre l'art. 7 et le rôle de l'appareil judiciaire amène à conclure que, pour que puisse s'appliquer l'art. 7, il est nécessaire qu'il existe un certain rapport entre cette disposition et le système judiciaire ou son administration. En l'espèce, il n'existe pas de lien entre le préjudice causé à la sécurité de la personne de l'appelante et le système judiciaire ou son administration. Quoique le lien requis avec l'appareil judiciaire ne signifie pas que l'art. 7 se limite nécessairement aux affaires pénales, il signifie à tout le moins que, pour qu'une personne se trouve privée d'un droit que lui garantit l'art. 7, il faut établir l'existence d'une mesure de l'État — analogue à une instance judiciaire ou

2002 SCC 84 (CanLII)

decision not to accord her more financial assistance or to require her to participate in several programs in order to receive more assistance. While underinclusive legislation may, in unique circumstances, substantially impact the exercise of a constitutional freedom, the exclusion of people under 30 from the full, unconditional benefit package did not render them substantially incapable of exercising their right to security of the person without government intervention. The appellant failed to demonstrate that there existed an inherent difficulty for young people under 30 to protect their right to security of the person without government intervention. Nor has the existence of a higher base benefit for recipients 30 and over been shown to reduce the potential of young people to exercise their right to security of the person. It has not been demonstrated that the legislation, by excluding young people, reduced their security any more than it would have already been given market conditions.

administrative — emportant des conséquences juridiques pour cette personne. La menace à la sécurité de l'appelante découlait des aléas d'une économie chancelante, et non de la décision du législateur de ne pas lui accorder une aide financière plus élevée ou de l'obliger à participer à plusieurs programmes pour recevoir une aide accrue. Bien qu'une mesure législative n'ayant pas un caractère suffisamment inclusif puisse, dans des circonstances exceptionnelles, entraver substantiellement l'exercice d'une liberté constitutionnelle, l'exclusion des personnes de moins de 30 ans du champ d'application du régime d'avantages complets et inconditionnels ne les rendait pas essentiellement incapables d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. L'appelante n'a pas démontré que les jeunes de moins de 30 ans éprouvent intrinsèquement de la difficulté à exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. Elle n'a pas non plus établi que l'existence de prestations de base plus élevées pour les prestataires de 30 ans et plus réduisait la possibilité pour les moins de 30 ans d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne. Il n'a pas été démontré que, en excluant les jeunes, le texte de loi avait réduit leur sécurité à un niveau inférieur à ce qu'elle était déjà, compte tenu de la situation économique.

Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 15 of the *Charter*. Although age-based distinctions are often justified due to the fact that at different ages people are capable of different things, age is included as a prohibited ground of discrimination. Age, although constantly changing, is a personal characteristic that at any given moment one can do nothing to alter. Age falls squarely within the concern of the equality provision that people not be penalized for characteristics they either cannot change or should not be asked to change. The grounds of discrimination enumerated in s. 15 function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical or otherwise, discriminatory decision making. Legislation that draws a distinction on such grounds — including age — is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality.

L'alinéa 29*a*) du règlement violait l'art. 15 de la *Charte*. Bien que les distinctions fondées sur l'âge soient souvent justifiées par le fait que des personnes d'âge différent sont capables d'accomplir des choses différentes, l'âge fait partie des motifs de discrimination illicite. Quoiqu'on vieillisse sans cesse, l'âge est une caractéristique personnelle à l'égard de laquelle il est impossible de faire quoi que ce soit, et ce à quelque moment que ce soit. L'âge est nettement visé par l'aspect de la disposition relative à l'égalité qui demande qu'on ne pénalise pas un individu pour une caractéristique qu'il ne peut changer ou qu'on ne devrait pas le requérir de changer. Les motifs de discrimination énumérés à l'art. 15 sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes. Une loi qui établit une distinction fondée sur de tels motifs — notamment l'âge — est suspecte parce qu'elle entraîne souvent de la discrimination et aboutit au déni du droit à l'égalité réelle.

Applying the *Law* test, the fundamental question that needs to be dealt with here is whether the distinction created by s. 29(*a*) is indicative that the government treated social assistance recipients under 30 in a way that is respectful of their dignity as members of society. This question is to be assessed from the perspective of a reasonable person in the claimant's circumstances having regard to four non-exhaustive contextual factors. While it is not enough for the appellant simply to claim that her

Si on applique le critère de l'arrêt *Law*, la question fondamentale qu'il faut examiner en l'espèce est celle de savoir si la distinction établie à l'al. 29*a*) indique que le gouvernement a traité les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans d'une façon qui respectait leur dignité en tant que membres de notre société. Il faut examiner cette question avec les yeux d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur, en tenant compte de quatre facteurs contextuels non exhaustifs.

2002 SCC 84 (CanLII)

dignity has been violated, a demonstration that there is a rational foundation for her experience of discrimination will be sufficient to ground the s. 15 claim.

Bien que l'appelante ne puisse se contenter de plaider qu'on a porté atteinte à sa dignité, pour justifier une allégation formulée en vertu de l'art. 15 il lui suffira d'établir le fondement rationnel de sa perception subjective qu'elle a été victime de discrimination.

First, with respect to the pre-existing disadvantage factor, we are not dealing in this case with a general age distinction but rather with one applicable within a particular social group, welfare recipients. Within this group the record makes it clear that it was not easier for persons under 30 to get jobs as opposed to their elders. The distinction was based on the stereotypical view that young welfare recipients suffer no special economic disadvantages. This view was not grounded in fact and was based on old assumptions regarding the employability of young people. Although there is no compelling evidence that younger welfare recipients, as compared to all welfare recipients, have been traditionally marginalized by reason of their age, a contextual analysis requires us to recognize that the precarious, vulnerable position of welfare recipients in general lends weight to the argument that a distinction that affects them negatively may pose a greater threat to their human dignity.

Premièrement, en ce qui concerne le facteur du désavantage préexistant, nous ne sommes pas ici en présence d'une distinction d'application générale fondée sur l'âge, mais plutôt d'une distinction applicable à un groupe particulier de la société, les bénéficiaires d'aide sociale. Il ressort clairement du dossier que, dans les faits, au sein de ce groupe, il n'était pas plus facile pour les jeunes prestataires de trouver du travail que ce ne l'était pour leurs aînés. La distinction était fondée sur le stéréotype selon lequel les jeunes prestataires ne souffrent d'aucun désavantage économique particulier. Elle reposait non pas sur des faits, mais plutôt sur de vieilles prémisses relatives à l'aptitude des jeunes au travail. Bien qu'il n'existe aucune preuve décisive indiquant que, comparativement à l'ensemble des bénéficiaires d'aide sociale, les jeunes prestataires ont de tout temps été marginalisés en raison de leur âge, une analyse contextuelle nous oblige à reconnaître que la situation précaire et vulnérable dans laquelle se trouvent les bénéficiaires d'aide sociale renforce l'argument selon lequel toute distinction les affectant peut faire peser une menace plus grande sur leur dignité humaine.

Second, there was a lack of correspondence between the differential welfare scheme and the actual needs, capacities and circumstances of welfare recipients under the age of 30. Based on the unverifiable presumption that people under 30 had better chances of employment and lesser needs, the program delivered to those people two-thirds less than what the government viewed as the basic survival amount, drawing its distinction on a characteristic over which those people had no control. Substantive equality permits differential treatment only where there is a genuine difference. The bright line drawn at 30 appears to have had little, if any, relationship to the real situation of younger people. The dietary and housing costs of people under 30 are no different from those of people 30 and over. The presumption adopted by the government that all persons under 30 received assistance from their family was unfounded. By relying on a distinction that had existed decades earlier and that did not take into account the actual circumstances of welfare recipients under 30, the legislation appears to have shown little respect for the value of those recipients as individual human beings. It created substandard living conditions for them on the sole basis of their age. Where persons experience serious detriment as a result of a distinction and the evidence shows that the presumptions guiding the legislature were factually unsupported, it is not necessary

Deuxièmement, il n'y avait aucune correspondance entre le régime d'aide sociale différent et les besoins, les aptitudes et la situation véritables des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Basé sur l'hypothèse invérifiable selon laquelle les personnes de moins de 30 ans ont des besoins moins grands que leurs aînés et de meilleures chances que ceux-ci de se trouver un emploi, le programme accordait aux premières une somme inférieure des deux tiers à celle que le gouvernement considérait comme le strict nécessaire, et il fondait cette différence de traitement sur une caractéristique indépendante de la volonté de ces personnes. L'égalité réelle ne permet un traitement différent que s'il existe une différence réelle. La ligne de démarcation nette fixée à 30 ans paraît n'avoir que peu de rapports, voire aucun, avec la situation véritable des adultes de moins de 30 ans. Les dépenses au titre de l'alimentation et du logement des personnes de moins de 30 ans ne diffèrent pas de celles des personnes de 30 ans et plus. La présomption du gouvernement que les personnes de moins de 30 ans recevaient toutes de l'aide de leur famille n'était pas fondée. En se fondant sur une distinction qu'on avait faite plusieurs décennies auparavant et qui ne tenait même pas compte de la situation véritable des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, on semble avoir fait preuve de peu de respect dans le texte de loi pour la valeur de ces personnes en

2002 SCC 84 (CanLII)

to demonstrate actual stereotyping, prejudice or other discriminatory intention. Moreover, a positive intention cannot save the regulation. At this stage of the *Law* analysis, the legislature's intention is much less important than the real effects of the scheme on the claimant. Treatment of legislative purpose under s. 15 must not undermine or replace the analysis that will be undertaken when applying s. 1 of the *Charter*.

tant qu'êtres humains. Sur le seul fondement de l'âge, le texte de loi créait pour ces personnes des conditions de vie inférieures aux conditions minimales. Dans les cas où des personnes subissent un grave désavantage dû à une distinction et où la preuve démontre que les hypothèses ayant guidé le législateur n'étaient pas étayées par les faits, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence concrète de stéréotype, préjugé ou autre intention discriminatoire. L'existence d'une intention positive ne préserve pas davantage la validité de la mesure réglementaire litigieuse. À cette étape-ci de l'analyse prescrite dans l'arrêt *Law*, l'intention du législateur revêt beaucoup moins d'importance que les effets concrets du régime sur l'appelante. L'examen de l'objet du texte de loi effectué en vertu de l'art. 15 ne doit pas rendre inutile ou remplacer l'analyse qui doit être faite ultérieurement en application de l'article premier de la *Charte*.

Third, the ameliorative purpose factor is not useful in determining whether the differential treatment in this appeal was discriminatory. The legislature has differentiated between the appellant's group and other welfare recipients based on what it claims is an effort to ameliorate the situation of the very group in question. Groups that are the subject of an inferior differential treatment based on an enumerated or analogous ground are not treated with dignity just because the government claims that the detrimental provisions are for their own good.

Troisièmement, le facteur de l'objet améliorateur n'est pas utile pour décider si le traitement différent était discriminatoire en l'espèce. Le législateur a établi une distinction entre le groupe dont fait partie l'appelante et les autres bénéficiaires d'aide sociale en se fondant sur ce qu'elle affirme être un effort d'amélioration de la situation du groupe en question. Un groupe qui fait l'objet d'un traitement différent et moins favorable, fondé sur un motif énuméré ou un motif analogue, n'est pas traité avec dignité du seul fait que le gouvernement prétend avoir pris ses dispositions préjudiciables pour le bien du groupe.

Finally, the differential treatment had a severe effect on an extremely important interest. The effect of the distinction in this case is that the appellant and others like her had their income set at only one third of what the government deemed to be the bare minimum for the sustainment of life. The government's argument that it was offering skills to allow young persons to enter into the workforce, thereby reinforcing their dignity and self-worth, neglects the fact that the reason why these young people were not in the labour force was not exclusively that their skills were too low, or that they were undereducated, but that there were no jobs to be had. The appellant has shown that in certain circumstances, and in her circumstances in particular, there were occasions when the effect of the differential treatment was such that beneficiaries under 30 could objectively be said to have experienced government treatment that failed to respect them as full persons. Any reading of the evidence indicates that it was highly improbable that a person under 30 could at all times be registered in a program and therefore receive the full subsistence amount. When between programs, individuals like the appellant were forced to survive on far less than the recognized minimum necessary for basic subsistence received by those 30 and over. Even when

Enfin, le traitement différent a un effet marqué sur un droit extrêmement important. L'effet de la distinction en l'espèce est que l'appelante et les autres personnes dans sa situation ont vu leur revenu fixé au tiers seulement de la somme que le gouvernement jugeait constituer le strict minimum dont a besoin une personne pour subvenir à ses besoins. L'argument du gouvernement, selon lequel il donnait aux jeunes la chance d'acquérir des compétences visant à leur permettre de s'intégrer dans la population active et ainsi de renforcer leur dignité et leur estime de soi ne tient pas compte du fait que la raison pour laquelle ces jeunes ne faisaient pas partie de la population active n'était pas exclusivement le fait qu'ils possédaient des compétences ou des études insuffisantes, mais aussi le fait qu'il n'y avait pas d'emplois disponibles. L'appelante a démontré que, dans certaines circonstances et particulièrement dans sa situation personnelle, il y a eu des occasions où l'effet du traitement différent était tel qu'on pourrait objectivement affirmer que les prestataires de moins de 30 ans ont été traités par le gouvernement d'une manière qui ne les respectait pas en tant que citoyens à part entière. Il ressort de la preuve, peu importe l'angle sous lequel on l'examine, qu'il était hautement improbable qu'une personne de moins de 30 ans aurait pu à tout

2002 SCC 84 (CanLII)

participating in a program, the fear of being returned to the reduced level of support dominated the appellant's life. Recipients 30 and over did not experience these consequences of the scheme. For the purposes of s. 15, what made the appellant's experience demeaning was the fact that she was placed in a position that the government itself admits is a precarious and unliveable one. The distinction in treatment was made simply on the basis of age, not of need, opportunity or personal circumstances, and was not respectful of the basic human dignity of welfare recipients under the age of 30.

moment être inscrite à un programme et recevoir le plein montant des prestations. Lorsqu'elles ne participaient pas à un programme, les personnes comme l'appelante étaient contraintes de subvenir à leurs besoins au moyen de ressources très inférieures au minimum vital reconnu, que recevaient par ailleurs les 30 ans et plus. Même lorsqu'elle participait à un programme, l'appelante vivait dans la crainte de voir ses prestations réduites. Les prestataires de 30 ans et plus ne subissaient pas ces conséquences du régime. Pour l'application de l'art. 15, ce qui a rendu humiliante l'expérience vécue par l'appelante est le fait qu'elle a été placée dans une situation que le gouvernement reconnaît lui-même comme précaire et invivable. Cette différence de traitement a été établie en fonction seulement de l'âge des personnes visées et non en fonction de leurs besoins, de leurs possibilités ou de leur situation personnelle, et elle ne respectait pas la dignité fondamentale des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans.

The government has not discharged its burden of proving that the infringement of s. 15 is a reasonable limit that is demonstrably justifiable in a free and democratic society. Although a certain degree of deference should be accorded in reviewing social policy legislation of this type, the government does not have *carte blanche* to limit rights. The distinction created by s. 29(*a*) of the Regulation served two pressing and substantial objectives: (1) to avoid attracting young adults to social assistance, and (2) to facilitate integration into the workforce by encouraging participation in the employment programs. There is a rational connection between the different treatment of those under 30 and the objective of encouraging their integration into the workforce. It is logical and reasonable to suppose that young people are at a different stage in their lives than those 30 and over, that it is more important, and perhaps more fruitful, to encourage them to integrate into the workforce, and that in order to encourage such behaviour, a reduction in basic benefits could be expected to work. Even according the government a high degree of deference, however, the respondent has failed to demonstrate that the provision in question constituted a means of achieving the legislative objective that was reasonably minimally impairing of the appellant's equality rights. Other reasonable alternatives to achieve the objective were available. To begin with, the level of support provided to those under 30 could have been increased. There is no evidence to support the government's contention that such an approach would have prevented it from achieving the objective of integrating young people into the workforce. In addition, the 1989 reforms which made the programs universally conditional could have been implemented earlier. The programs themselves also suffered from several significant shortcomings and only 11 percent of social

Le gouvernement ne s'est pas acquitté de l'obligation qui lui incombait d'établir que la violation de l'art. 15 était une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien qu'il faille faire montre d'une certaine retenue dans le contrôle de telles mesures législatives en matière de politique sociale, il reste que le gouvernement n'a pas carte blanche pour restreindre des droits. La distinction établie par l'al. 29*a*) du règlement visait deux objectifs urgents et réels : (1) éviter l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes; (2) favoriser l'intégration de ceux-ci dans la population active en encourageant leur participation aux programmes d'emploi. Il existe un lien rationnel entre le traitement différent réservé aux moins de 30 ans et l'objectif consistant à favoriser leur intégration dans la population active. Il est logique et raisonnable de supposer que ces personnes ne sont pas rendues au même stade de la vie que les 30 ans et plus, qu'il est plus important, voire plus utile, de les inciter à s'intégrer dans la population active et, enfin, qu'une réduction des prestations de base pourrait permettre de réaliser cet objectif. Toutefois, même en manifestant beaucoup de retenue envers la décision du gouvernement, l'intimé n'a pas su démontrer que la disposition litigieuse constituait un moyen de réaliser l'objectif législatif d'une manière qui portait aussi peu atteinte au droit à l'égalité de l'appelante qu'il était raisonnablement possible de le faire. Il existait des solutions de rechange raisonnables à celle choisie par le législateur en vue de réaliser son objectif. D'abord, les prestations accordées aux moins de 30 ans auraient pu être majorées. Aucun élément de preuve n'étaye la prétention du gouvernement selon laquelle une telle mesure l'aurait empêché d'atteindre l'objectif d'intégration des jeunes dans la population active. De plus, il aurait été possible d'instaurer plus tôt les réformes qui, en 1989, ont

2002 SCC 84 (CanLII)

2002 SCC 84 (CanLII)

assistance recipients under the age of 30 were in fact enrolled in the employment programs that allowed them to receive the base amount allocated to beneficiaries 30 years of age and over. One major branch of the scheme left participants $100 short of the base benefit. Likewise, waiting periods, prioritizations and admissibility criteria signified that the programs were not designed in such a way as to ensure that there would always be programs available to those who wanted to participate. In addition to the problems with the design of the programs, hurdles in their implementation presented young recipients with further barriers. Delays flowing from meetings with aid workers, evaluation interviews and finding space within the appropriate program signified that young welfare recipients would most likely spend some time on the reduced benefit. Finally, even though 85 000 single people under 30 years of age were on social assistance, the government at first made only 30 000 program places available. While the government did not have to prove that it had 85 000 empty chairs waiting in classrooms and elsewhere, the very fact that it was expecting such low levels of participation brings into question the degree to which the distinction in s. 29(*a*) of the Regulation was geared towards improving the situation of those under 30, as opposed to simply saving money.

rendu les programmes conditionnels pour tous. Les programmes eux-mêmes comportaient également plusieurs lacunes importantes et seulement 11 p. 100 des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans étaient dans les faits inscrits aux programmes qui leur permettaient de recevoir le montant de base accordé aux prestataires de 30 ans et plus. Les personnes qui participaient à un important volet du régime ne touchaient pas le plein montant des prestations, mais recevaient 100 $ de moins que la prestation de base. De même, les critères d'admissibilité, les périodes d'attente et les préférences applicables au titre de la participation indiquent que les programmes n'étaient pas conçus d'une manière propre à garantir une place à toute personne désireuse d'y participer. Outre les problèmes qui affectaient la conception des programmes, la mise en œuvre de ceux-ci créait des obstacles supplémentaires, que les jeunes prestataires devaient également surmonter. En raison des délais résultant des rencontres avec des travailleurs sociaux, des entrevues d'évaluation et de la recherche de places libres dans le programme approprié, les jeunes bénéficiaires d'aide sociale touchaient vraisemblablement les prestations réduites pendant un certain temps. Enfin, même s'il y avait 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale, le gouvernement n'avait créé initialement que 30 000 places dans ses programmes. Même si le gouvernement n'avait pas à établir qu'il disposait de 85 000 places disponibles en salle de classe et ailleurs, le fait même qu'il s'attendait à un taux de participation aussi faible incite à se demander dans quelle mesure la distinction prévue à l'al. 29*a*) du règlement visait vraiment à améliorer la situation des personnes de moins de 30 ans, et non pas simplement à réaliser des économies.

The differential treatment had severe deleterious effects on the equality and self-worth of the appellant and those in her group which outweighed the salutary effects of the scheme in achieving the stated government objective. The government failed to demonstrate that the reduction in benefits contributed or would reasonably be expected to contribute to the integration of young social assistance beneficiaries into the workplace. When the potential deleterious effects of the legislation are so apparent, it is not asking too much of the government to craft its legislation more carefully.

La différence de traitement a eu, sur l'égalité et l'estime de soi de l'appelante et des personnes de son groupe, des effets préjudiciables graves qui l'emportaient sur les effets bénéfiques qu'avait le régime sur la réalisation de l'objectif énoncé par le gouvernement. Le gouvernement n'a pas démontré que la réduction des prestations faciliterait l'intégration des jeunes prestataires dans la population active, ou qu'il était raisonnable de penser qu'elle le ferait. Lorsque les effets préjudiciables éventuels du texte législatif sont aussi évidents, ce n'est pas trop demander au gouvernement de préparer ses mesures législatives avec plus de soin.

The appropriate remedy in this case is to declare s. 29(*a*) of the Regulation invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Had the legislation still been in force, suspension of the declaration of invalidity for a period of 18 months to allow the legislature to implement changes to the legislation would have been appropriate. The appellant's request for an order for damages pursuant to s. 24(1) of the *Charter* should be dismissed. Where

La réparation qui convient en l'espèce consiste à déclarer l'al. 29*a*) du règlement inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Si cette mesure législative avait été encore en vigueur, il aurait été opportun de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant 18 mois afin de permettre au législateur d'apporter des modifications à cette mesure. Il y a lieu de rejeter la demande de dommages-intérêts présentée

a provision is struck down under s. 52, a retroactive s. 24(1) remedy will not generally be available. Moreover, the facts of this case do not allow for such a result. First, a s. 24(1) remedy is more difficult in this case because it involves a class action. It would be impossible for this Court to determine the precise amount that was owed to each individual in the class. Second, the significant costs that would be incurred by the government were it required to pay damages must be considered. While a consideration of expenses might not be relevant to the substantive *Charter* analysis, it is relevant to the determination of the remedy. Requiring the government to pay out nearly half a billion dollars would have a significant impact on the government's fiscal situation, and potentially on the general economy of the province.

Although on its face, s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* creates some form of positive right to a minimal standard of living, in this case, that right is unenforceable. The supremacy provision in s. 52 of the Quebec *Charter* clearly indicates that the courts have no power to declare any portion of a law invalid due to a conflict with s. 45. Moreover, the appellant is not entitled to damages pursuant to s. 49 of the Quebec *Charter*. In order to substantiate a s. 49 claim against the government for having drafted legislation that violates a right guaranteed by the Quebec *Charter*, one would have to demonstrate that the legislature has breached a particular standard of care in drafting the legislation. It is unlikely that the government could, under s. 49, be held responsible for having simply drafted faulty legislation.

Per LeBel J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation, when taken in isolation or considered in light of all employability programs, discriminated against young adults. The distinction based on age did not reflect either the needs or the abilities of social aid recipients under 30 years of age. The ordinary needs of young people are not so different from the needs of their elders as to justify such a pronounced discrepancy between the two groups' benefits. Because the distinction made by the social aid scheme was justified by the fact that young people are able to survive a period of economic crisis better, this distinction perpetuated a stereotypical view of young people's situation on the labour market. By trying to combat the pull of social assistance, for the "good" of the young people themselves who depended on it, the distinction perpetuated another stereotypical view, that

par l'appelante en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Si une disposition est invalidée en application de l'art. 52, il n'y a généralement pas ouverture à réparation rétroactive en vertu du par. 24(1). De plus, les faits de l'espèce ne justifient pas un tel résultat. Premièrement, vu l'existence d'un recours collectif en l'espèce, il est plus difficile d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Il serait impossible à notre Cour d'établir le montant exact dû à chaque membre du groupe. Deuxièmement, il faut tenir compte des dépenses importantes que ferait le gouvernement s'il devait verser des dommages-intérêts. Bien que la prise en compte de considérations budgétaires puisse ne pas être pertinente dans l'analyse de la question de fond touchant la *Charte*, elle l'est dans la détermination de la réparation. Obliger le gouvernement à verser pratiquement un demi-milliard de dollars aurait une incidence appréciable sur sa situation financière et peut-être même sur l'économie générale de la province.

Même si, à la lumière de son texte même, l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec crée une certaine forme de droit positif à un niveau de vie minimal, le respect de ce droit ne peut pas être obtenu en justice en l'espèce. La disposition énonçant la suprématie de la *Charte* québécoise, en l'occurrence l'art. 52 de celle-ci, indique nettement que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de déclarer invalide tout ou partie d'un texte de loi pour cause d'incompatibilité avec l'art. 45. En outre, l'appelante n'a pas droit à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 49 de la *Charte* québécoise. La personne qui, en vertu de l'art. 49, présente contre l'État une demande reprochant à celui-ci d'être l'auteur d'un texte de loi contrevenant à un droit garanti par la *Charte* québécoise doit démontrer que le législateur a manqué à une norme de diligence donnée dans la rédaction du texte de loi en question. Il est improbable que l'État puisse, par application de l'art. 49, être tenu responsable simplement parce qu'il aurait rédigé un texte de loi lacunaire.

Le juge LeBel (dissident) : L'alinéa 29*a*) du règlement, pris isolément ou considéré à la lumière des programmes d'employabilité, était discriminatoire à l'endroit des jeunes adultes. La distinction fondée sur l'âge ne correspondait ni aux besoins ni aux capacités des bénéficiaires de l'aide sociale de moins de 30 ans. Les besoins ordinaires des jeunes ne se différencient pas de ceux de leurs aînés au point de justifier un écart si prononcé entre leurs prestations. Dans la mesure où la distinction établie par le régime d'aide sociale était justifiée par la capacité des jeunes à mieux survivre une période de crise économique, cette distinction perpétuait une vision stéréotypée de la situation des jeunes sur le marché du travail. En cherchant à contrer un effet d'attraction à l'aide sociale pour le « bien » même des jeunes qui en dépendaient, la distinction perpétuait

2002 SCC 84 (CanLII)

a majority of young social assistance recipients choose to freeload off society permanently. Young social assistance recipients in the 1980s certainly did not latch onto social assistance out of laziness; they were stuck receiving welfare because there were no jobs available. Even if the government could validly encourage young people to work, the approach adopted discriminated between social aid recipients under 30 years of age and those 30 years of age and over, for no valid reason. The defects in the scheme, together with the preconceived ideas that underpinned it, lead to the conclusion that s. 29(*a*) of the Regulation infringed the equality right guaranteed by s. 15 of the *Charter*. For the reasons given by Bastarache J., s. 29(*a*) of the Regulation is not saved by s. 1 of the *Charter*.

Although the appellant failed to establish a violation of s. 7 of the *Charter* in this case, for the reasons stated by the majority, it is not appropriate, at this point, to rule out the possibility that s. 7 might be invoked in circumstances unrelated to the justice system.

Section 45 of the Quebec *Charter* does not confer an independent right to an acceptable standard of living. That section protects only a right of access to social measures for anyone in need. Although the incorporation of social and economic rights into the Quebec *Charter* gives them a new dimension, it does not make them legally binding. A majority of the provisions in the chapter on "Economic and Social Rights" contain a reservation indicating that the exercise of the rights they protect depends on the enactment of legislation. In the case of s. 45, the fact that anyone in need is entitled not to measures to ensure him or her an acceptable standard of living, but to measures susceptible of ensuring him or her that standard of living, suggests that the legislature did not intend to give the courts the power to review the adequacy of the measures adopted, or to usurp the role of the legislature in that regard. The expression "provided for by law", when interpreted in light of the other provisions of the chapter on economic and social rights, confirms that the right in s. 45 is protected only to the extent provided for by law. Section 45 is not, however, without any obligational content. Because s. 10 of the Quebec *Charter* does not create an independent right to equality, the right of access to measures of financial assistance and social measures without discrimination would not be guaranteed by the Quebec *Charter* were it not for s. 45.

Per Arbour J. (dissenting): Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 7 of the *Charter* by depriving

une autre vision stéréotypée selon laquelle la majeure partie des jeunes assistés sociaux choisissent de vivre de façon permanente aux crochets de la société. Loin de se cramponner à l'aide sociale par paresse, les jeunes assistés sociaux des années 80 sont demeurés tributaires de l'aide sociale faute d'emplois disponibles. Même si le gouvernement pouvait valablement inciter les jeunes au travail, la solution retenue discriminait sans motif valable entre les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans et ceux de 30 ans et plus. Les défectuosités du régime, conjuguées aux idées préconçues le sous-tendant, mènent à la conclusion que l'al. 29*a*) du règlement portait atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*. Pour les motifs exposés par le juge Bastarache, l'al. 29*a*) du règlement n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Bien que l'appelante n'ait pas réussi à établir en l'espèce une violation de l'art. 7 de la *Charte*, pour les motifs exposés par la majorité, il ne convient pas à ce moment-ci de fermer la porte à une éventuelle possibilité que l'art. 7 puisse être invoqué dans des circonstances n'ayant aucun lien avec le système de justice.

L'article 45 de la *Charte* québécoise ne garantit pas un droit autonome à un niveau de vie décent. Cet article protège seulement un droit d'accès à des mesures sociales à toute personne dans le besoin. Bien que l'insertion des droits sociaux et économiques dans la *Charte* québécoise leur confère une nouvelle dimension, elle ne leur a pas attribué un caractère juridiquement contraignant. La majorité des dispositions dans le chapitre des « Droits économiques et sociaux » contiennent une réserve indiquant que la mise en œuvre des droits qu'elles protègent dépend de l'adoption de mesures législatives. Dans le cas de l'art. 45, le fait que toute personne dans le besoin n'ait pas droit à des mesures lui assurant un niveau de vie décent, mais plutôt à des mesures susceptibles de lui assurer ce niveau de vie, suggère que le législateur n'a pas voulu conférer aux tribunaux le pouvoir de réviser la suffisance des mesures adoptées ni de s'ériger en législateurs à cet égard. L'expression « prévues par la loi », interprétée à la lumière des autres dispositions du chapitre des droits économiques et sociaux, confirme que le droit prévu à l'art. 45 n'est protégé que dans la mesure prescrite par la loi. L'article 45 n'est toutefois pas dépourvu de tout contenu obligationnel. Puisque l'art. 10 de la *Charte* québécoise ne crée pas un droit autonome à l'égalité, le droit d'accès sans discrimination à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales ne serait pas garanti par la *Charte* québécoise en l'absence de l'art. 45.

Le juge Arbour (dissidente) : L'alinéa 29*a*) du règlement contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* en privant ceux

2002 SCC 84 (CanLII)

those to whom it applied of their right to security of the person. Section 7 imposes a positive obligation on the state to offer basic protection for the life, liberty and security of its citizens.

The barriers that are traditionally said to preclude a positive claim against the state under s. 7 are unconvincing. The fact that a right may have some economic value is an insufficient reason to exclude it from the ambit of s. 7. Economic rights that are fundamental to human life or survival are not of the same ilk as corporate-commercial economic rights. The right to a minimum level of social assistance is intimately intertwined with considerations related to one's basic health and, at the limit, even one's survival. These rights can be readily accommodated under the s. 7 rights to "life, liberty and security of the person" without the need to constitutionalize "property" rights or interests. Nor should the interest claimed in this case be ruled out because it fails to exhibit the characteristics of a "legal right". The reliance on the subheading "Legal Rights" as a way of delimiting the scope of s. 7 protection has been supplanted by a purposive and contextual approach to the interpretation of constitutionally protected rights. New kinds of interests, quite apart from those engaged by one's dealings with the justice system and its administration, have been asserted and found to be deserving of s. 7 protection. To continue to insist upon the restrictive significance of the placement of s. 7 within the "Legal Rights" portion of the *Charter* would be to freeze constitutional interpretation in a manner inconsistent with the vision of the Constitution as a "living tree". Furthermore, in order to ground a s. 7 claim, it is not necessary that there be some affirmative state action interfering with life, liberty or security of the person. In certain cases, s. 7 can impose on the state a duty to act where it has not done so. A requirement of positive state interference is not implicit in the use of the phrase "principles of fundamental justice" or the concept of "deprivation" in s. 7. The concept of deprivation is sufficiently broad to embrace withholdings that have the effect of erecting barriers in the way of the attainment of some object. The context in which s. 7 is found within the *Charter* favours a conclusion that it can impose on the state a positive duty to act. Since illustrations of the "principles of fundamental justice" found in ss. 8 to 14 of the *Charter* entrench positive rights, it is to be expected that s. 7 rights also contain a positive dimension. Recent case law implies that mere state inaction will on occasion be sufficient to engage s. 7's protection. Finally, the concern that positive claims against the state are not justiciable does not present a barrier in the present case. While it may be true that courts are ill-equipped to decide policy matters concerning resource allocation, this does not support the conclusion that justiciability is a threshold issue barring

auxquels il s'appliquait du droit à la sécurité de leur personne. L'article 7 impose à l'État l'obligation positive d'assurer à ses citoyens la protection élémentaire en ce qui touche la vie, la liberté et la sécurité de leur personne.

Les objections généralement avancées pour s'opposer à la présentation, en vertu de l'art. 7, de demandes sollicitant l'intervention concrète de l'État ne sont pas convaincantes. Le fait qu'un droit puisse comporter une certaine valeur économique n'est pas une raison suffisante pour l'exclure du champ d'application de l'art. 7. Les droits économiques qui sont essentiels à la vie des individus et à leur survie ne sont pas de même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. Le droit à un niveau minimal d'aide sociale est intimement lié à des considérations touchant fondamentalement à la santé d'une personne et même, à la limite, à sa survie. Ce droit peut facilement s'intégrer dans le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » prévu à l'art. 7, sans qu'il soit nécessaire de constitutionnaliser les droits ou intérêts de « propriété ». Le type de droit revendiqué en l'espèce ne saurait non plus être écarté parce qu'il ne présente pas les caractéristiques d'une « garantie juridique ». Le recours à l'intertitre « Garanties juridiques » comme moyen de circonscrire le champ d'application de l'art. 7 a été remplacé par l'application d'une démarche téléologique et contextuelle en matière d'interprétation des droits protégés par la Constitution. Au fil des ans, les plaideurs ont invoqué de nouveaux droits très distincts de ceux qui sont en cause lorsque le système judiciaire et l'administration de la justice sont concernés, et les tribunaux ont jugé que ces droits étaient protégés par l'art. 7. Continuer à insister sur l'effet restrictif qu'aurait le fait que l'art. 7 se trouve dans la section des « Garanties juridiques » de la *Charte* équivaudrait à figer l'interprétation constitutionnelle d'une manière incompatible avec la conception selon laquelle la Constitution est un « arbre vivant ». En outre, l'existence d'une mesure étatique concrète portant atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est pas requise pour fonder la présentation d'une demande en vertu de l'art. 7. Dans certaines circonstances, l'art. 7 peut imposer à l'État l'obligation d'agir lorsqu'il ne l'a pas fait. Le concept de « *deprivation* » évoqué dans le texte anglais de l'art. 7 et l'expression « principes de justice fondamentale » (et son équivalent anglais) dans le texte de cet article ne requièrent pas implicitement l'existence d'une mesure attentatoire concrète de la part de l'État. Le concept de « *deprivation* » est suffisamment large pour englober les privations dont l'effet est d'ériger des obstacles à la réalisation d'un objectif. La position de l'art. 7 dans la structure de la *Charte* milite en faveur de la conclusion selon laquelle cet

2002 SCC 84 (CanLII)

the consideration of the substantive claim in this case. This case raises the different question of whether the state is under a positive obligation to provide basic means of subsistence to those who cannot provide for themselves. The role of the courts as interpreters of the *Charter* and guardians of its fundamental freedoms requires them to adjudicate such rights-based claims. These claims can be dealt with here without addressing the question of how much expenditure by the state is necessary in order to secure the right claimed, a question which may not be justiciable.

A textual, purposive or contextual approach to the interpretation of s. 7 mandates the conclusion that the s. 7 rights of life, liberty and security of the person include a positive dimension. The grammatical structure of s. 7 seems to indicate that it protects two rights: a right, set out in the section's first clause, to "life, liberty and security of the person"; and a right, set out in the second clause, not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. As a purely textual matter, the fact that the first clause involves some greater protection than that accorded by the second clause seems beyond reasonable objection. There are at least two reasonable interpretations as to what this additional protection might consist of: the first clause may be interpreted as providing for a completely independent and self-standing right, which can be violated even absent a breach of fundamental justice, but requiring a s. 1 justification in the event of such violation; another possible interpretation focuses on the absence of the term "deprivation" in the first clause and suggests that it is at most in connection with the right afforded in the second clause, if at all, that there must be positive state action to ground a violation. Either interpretation demands recognition of the sort of interest claimed by the

article peut avoir pour effet d'imposer à l'État l'obligation d'agir. Comme les exemples de « principes de justice fondamentale » prévus aux art. 8 à 14 de la *Charte* consacrent des droits positifs, il est permis de penser que les droits visés à l'art. 7 comportent également une dimension positive. Il ressort implicitement de certains arrêts récents que la simple inaction de l'État est suffisante dans certaines circonstances pour faire jouer la protection de l'art. 7. Enfin, les doutes qui existent quant à la justiciabilité des demandes sollicitant l'intervention de l'État ne constituent pas un obstacle en l'espèce. Bien qu'il puisse être vrai que les tribunaux ne sont pas équipés pour trancher des questions de politique générale touchant à la répartition des ressources, ce facteur ne permet pas de conclure que la justiciabilité constitue une condition préalable faisant échec à l'examen au fond du présent litige. Le présent pourvoi soulève une question tout à fait différente, soit celle de savoir si l'État a l'obligation positive d'intervenir pour fournir des moyens élémentaires de subsistance aux personnes incapables de subvenir à leurs besoins. Dans leur rôle d'interprètes de la *Charte* et de protecteurs des libertés fondamentales garanties par celle-ci, les tribunaux sont requis de statuer sur les revendications en justice de tels droits. Il est possible, en l'espèce, de connaître des revendications de cette nature sans se demander combien l'État devrait débourser pour garantir le droit revendiqué, question qui pourrait ne pas être justiciable.

L'interprétation de l'art. 7, qu'il s'agisse d'une analyse téléologique, textuelle ou contextuelle, mène à la conclusion que le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par cette disposition comporte une dimension positive. La structure grammaticale de l'art. 7 semble indiquer que celui-ci confère deux droits : le droit, énoncé dans la première partie de la disposition, « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », ainsi que le droit, énoncé dans la deuxième partie de la disposition, à ce qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté ou la sécurité d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. D'un point de vue purement textuel, il semble qu'on ne puisse raisonnablement nier que la première partie de l'art. 7 accorde une protection plus large que celle prévue par la deuxième partie de cette disposition. Au moins deux interprétations raisonnables sont avancées en ce qui concerne la nature de cette protection additionnelle : suivant une de ces interprétations, la première partie établirait un droit entièrement distinct et autonome, auquel il peut être porté atteinte même en l'absence de violation des principes de justice fondamentale, sous réserve qu'en pareils cas il faut justifier cette atteinte au regard de l'article premier; selon l'autre interprétation, qui s'attache à l'absence du terme « *deprivation* » en anglais dans

2002 SCC 84 (CanLII)

appellant in this case and it is not necessary to decide which one is to be preferred.

la première partie de la disposition, c'est tout au plus à l'égard du droit garanti dans la deuxième partie, à supposer que ce soit même le cas, qu'il faut établir l'existence d'une mesure étatique positive pour fonder une plainte reprochant la violation de ce droit. Chacune de ces interprétations exige la reconnaissance du type de droit que revendique l'appelante en l'espèce et il n'est pas nécessaire de décider laquelle de ces interprétations doit être retenue.

A purposive interpretation of s. 7 as a whole requires that all the rights embodied in it be given meaning. Reducing s. 7 only to the second clause leaves no useful meaning to the right to life. Such an interpretation of s. 7 threatens not only the coherence, but also the purpose of the *Charter* as a whole. In order to avoid this result, it must be recognized that the state can potentially infringe the right to life, liberty and security of the person in ways that go beyond violating the right contained in the second clause of s. 7. Section 7 must be interpreted as protecting something more than merely negative rights, otherwise the s. 7 right to life will be reduced to the function of guarding against capital punishment — a possibly redundant function in light of s. 12 of the *Charter* — with all of the intolerable conceptual difficulties attendant upon such an interpretation.

L'interprétation téléologique de l'ensemble de l'art. 7 requiert que l'on donne un sens à tous les droits qui y sont consacrés. Le fait de limiter l'art. 7 uniquement à sa deuxième partie a pour effet de n'attribuer aucun rôle concret au droit à la vie. Une telle interprétation menace non seulement la cohérence de la *Charte* dans son ensemble, mais également son objet. Pour éviter ce résultat, il faut reconnaître qu'il pourrait arriver que l'État porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne autrement qu'en violant le droit prévu à la deuxième partie de l'art. 7. Il faut considérer que l'art. 7 protège davantage que de simples droits négatifs, autrement le rôle du droit à la vie garanti par cette disposition se résumerait à la protection contre la peine de mort — faisant ainsi potentiellement double emploi avec l'art. 12 de la *Charte* —, avec toutes les difficultés conceptuelles intolérables qui découlent d'une telle interprétation.

With respect to the contextual analysis, positive rights are an inherent part of the *Charter*'s structure. The *Charter* compels the state to act positively to ensure the protection of a significant number of rights. Moreover, justification under s. 1 which invokes the values that underpin the *Charter* as the only suitable basis for limiting those rights, confirms that *Charter* rights contain a positive dimension. Constitutional rights are not simply a shield against state interference. They place a positive obligation on the state to arbitrate competing demands arising from the liberty and rights of others. Thus if one's right to life, liberty and security of the person can be limited under s. 1 by the need to protect the life, liberty or security of others, it can only be because the right is not merely a negative right but a positive one, calling for the state not only to abstain from interfering with life, liberty and security of the person but also to actively secure that right in the face of competing demands.

Relativement à l'analyse contextuelle, les droits positifs font partie intégrante de la structure de la *Charte*. La *Charte* impose à l'État l'obligation d'agir concrètement en vue d'assurer la protection d'un nombre appréciable de droits. En outre, le processus de justification prévu par l'article premier, démarche qui considère les valeurs sous-tendant la *Charte* comme le seul fondement justifiant de restreindre les droits concernés, confirme que les droits consacrés par la *Charte* comportent une dimension positive. Les droits constitutionnels ne servent pas simplement de bouclier contre les atteintes à la liberté commises par l'État, mais ils ont également pour effet d'imposer à celui-ci l'obligation positive d'arbitrer les revendications conflictuelles découlant des droits et libertés de chacun. Si le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne peut, par application de l'article premier, être restreint en raison de la nécessité de protéger la vie, la liberté ou la sécurité d'autrui, ce ne peut être que parce que ce droit n'est pas simplement un droit négatif mais aussi un droit positif, qui commande à l'État non seulement de s'abstenir de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, mais également de garantir activement ce droit en présence de revendications conflictuelles.

The interest claimed in this case falls within the range of entitlements that the state is under a positive

Le droit revendiqué en l'espèce fait partie de ceux que l'État a l'obligation positive d'accorder en vertu de

2002 SCC 84 (CanLII)

obligation to provide under s. 7. Underinclusive legislation results in a violation of the *Charter* outside the context of s. 15 where: (1) the claim is grounded in a fundamental *Charter* right or freedom rather than in access to a particular statutory regime; (2) a proper evidentiary foundation demonstrates that exclusion from the regime constitutes a substantial interference with the exercise and fulfilment of a protected right; and (3) it is determined that the state can truly be held responsible for the inability to exercise the right or freedom in question. Here, exclusion from the statutory regime effectively excludes the claimants from any real possibility of having their basic needs met. It is not exclusion from the particular statutory regime that is at stake but the claimants' fundamental rights to security of the person and life itself, which exist independently of any statutory enactment. The evidence demonstrates that the physical and psychological security of young adults was severely compromised during the period at issue and that the legislated exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime substantially interfered with their fundamental right to security of the person and perhaps even their right to life. Freedom from state interference with bodily or psychological integrity is of little consolation to those who are faced with a daily struggle to meet their most basic bodily and psychological needs. In such cases, one can reasonably conclude that positive state action is what is required in order to breathe purpose and meaning into their s. 7 guaranteed rights. The state can properly be held accountable for the claimants' inability to exercise their s. 7 rights. The issue here is simply whether the state is under an obligation of performance to alleviate the claimants' condition. The claimants need not establish that the state can be held causally responsible for the socio-economic environment in which their s. 7 rights were threatened, nor do they need to establish that the government's inaction worsened their plight. The legislation is directed at providing supplemental aid to those who fall below a subsistence level — an interest which s. 7 was meant to protect. Legislative intervention aimed at providing for essential needs touching on the personal security and survival of indigent members of society is sufficient to satisfy whatever "minimum state action" requirement might be necessary to engage s. 32 of the *Charter*. By enacting the *Social Aid Act*, the Quebec government triggered a state obligation to ensure that any differential treatment or underinclusion in the provision of these essential needs did not run afoul of the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, and in particular by s. 7. It failed to discharge this obligation. As the protection of positive rights is grounded in the first clause of s. 7, which provides a free-standing right to life, liberty and security of the person, and as the violation here consists of inaction and does not bring the justice system

l'art. 7. En dehors du contexte de l'art. 15, une mesure législative n'ayant pas un caractère suffisamment inclusif entraîne une violation de la *Charte* lorsque les conditions suivantes sont réunies : (1) l'argument doit reposer sur une liberté ou un droit fondamental garanti par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) il doit exister une preuve appropriée, démontrant que l'exclusion du régime légal crée une entrave substantielle à l'exercice du droit protégé; (3) il faut déterminer si l'État peut vraiment être tenu responsable de l'incapacité d'exercer la liberté ou le droit fondamental en question. Dans le présent pourvoi, l'exclusion des demandeurs du régime légal les prive effectivement de toute possibilité concrète de pourvoir à leurs besoins essentiels. Ce qui est en jeu n'est pas l'exclusion du régime légal concerné, mais les droits fondamentaux des demandeurs à la sécurité de leur personne et à la vie même, qui existent indépendamment de tout texte législatif. La preuve établit que la sécurité physique et psychologique des jeunes adultes a été sérieusement compromise au cours de la période pertinente et que le fait, dans le texte de loi, d'avoir exclu les jeunes adultes du plein bénéfice des avantages du régime d'aide sociale a porté substantiellement atteinte à leur droit fondamental à la sécurité de leur personne et peut-être même à leur droit à la vie. Le droit de ne pas être victimes d'atteintes par l'État à leur intégrité physique ou psychologique est une bien mince consolation pour les personnes qui doivent quotidiennement lutter pour subvenir à leurs besoins physiques et psychologiques les plus élémentaires. Dans ces cas, il est raisonnablement possible de conclure qu'une intervention concrète de l'État est nécessaire pour donner sens et effet aux droits garantis par l'art. 7. L'État peut à juste titre être tenu responsable de l'incapacité des demandeurs à exercer les droits que leur garantit l'art. 7. Dans la présente affaire, il s'agit tout simplement de décider si l'État a l'obligation d'agir pour soulager la situation pénible des demandeurs. Ces derniers n'ont pas à prouver que l'État peut être tenu causalement responsable de l'environnement socio-économique dans lequel les droits que leur garantit l'art. 7 ont été menacés, ni que l'inaction de l'État a aggravé leur sort. La législation pertinente vise à fournir une aide complémentaire aux personnes dont les moyens de subsistance sont inférieurs à un niveau donné — droit que l'art. 7 est censé protéger. Une intervention législative destinée à pourvoir aux besoins essentiels des citoyens nécessiteux en matière de sécurité personnelle et de subsistance est suffisante pour satisfaire à toute condition d'application de l'art. 32 de la *Charte* qui requerrait l'existence d'un « minimum d'action gouvernementale ». En édictant la *Loi sur l'aide sociale*, le gouvernement du Québec a fait naître pour l'État l'obligation de s'assurer que toute différence de traitement ou non-inclusion concernant la prestation de ces services

2002 SCC 84 (CanLII)

2002 SCC 84 (CanLII)

into motion, it is not necessary to determine whether the violation of the appellant's s. 7 rights was in accordance with the principles of fundamental justice.

essentiels n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, tout particulièrement l'art. 7. Il ne s'est pas acquitté de cette obligation. Comme la protection des droits positifs découle de la première partie de l'art. 7, qui reconnaît à chacun un droit autonome à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et comme, en l'espèce, la violation découle d'une inaction et ne fait pas entrer en jeu le système judiciaire, il n'est pas nécessaire de se demander si cette atteinte aux droits garantis par l'art. 7 à l'appelante a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale.

The violation of the claimants' right to life, liberty and security of the person cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. Although preventing the attraction of young adults to social assistance and facilitating their integration into the workforce might satisfy the "pressing and substantial objective" requirement of the *Oakes* test, it is difficult to accept that denial of the basic means of subsistence is rationally connected to promoting the long-term liberty and inherent dignity of young adults. Moreover, there is agreement with Bastarache J.'s finding that those means were not minimally impairing in a number of ways.

La violation du droit des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne n'est pas justifiée au sens de l'article premier. Bien que l'objectif consistant à prévenir l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes et à favoriser leur intégration dans la population active puisse satisfaire à la condition requérant l'existence d'un « objectif urgent et réel » que prévoit le critère élaboré dans l'arrêt *Oakes*, il est difficile d'accepter que la négation des moyens élémentaires de subsistance puisse avoir un lien rationnel avec les valeurs qu'on tend à favoriser, à savoir la liberté et la dignité inhérente des jeunes adultes à long terme. En outre, il y a accord avec la conclusion du juge Bastarache selon laquelle l'atteinte causée par ces moyens n'était pas, pour plusieurs raisons, minimale.

Section 29(*a*) of the Regulation infringed s. 15(1) of the *Charter*. On the s. 15 issue, there is general agreement with Bastarache J.'s analysis and conclusions. The infringement could not be saved by s. 1 for substantially the same reasons discussed in relation to the s. 7 violation.

L'alinéa 29*a*) du règlement violait le par. 15(1) de la *Charte*. Pour ce qui est de l'art. 15, il y a accord général avec l'analyse et les conclusions du juge Bastarache. La violation de l'art. 15 n'était pas justifiée au regard de l'article premier, essentiellement pour les raisons exposées à l'égard de la violation de l'art. 7.

There is also agreement with Bastarache J. that s. 45 of the Quebec *Charter* establishes a positive right to a minimal standard of living but that, in the circumstances of this case, this right cannot be enforced under s. 52 or s. 49.

Il y a également accord avec l'opinion du juge Bastarache selon laquelle l'art. 45 de la *Charte* québécoise établit un droit positif à un niveau de vie minimal, mais que le respect de ce droit ne peut être imposé en vertu des art. 52 ou 49 dans les circonstances du présent pourvoi.

Finally, there is agreement with Bastarache J. as to the appropriate remedy.

Enfin, il y a accord avec les conclusions du juge Bastarache quant à la réparation qui convient en l'espèce.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): There is agreement with Bastarache and LeBel JJ. that s. 29(*a*) of the Regulation violated s. 15 of the *Charter*. Presumptively excluding groups that clearly fall within an enumerated category from s. 15's protection does not serve the purposes of the equality guarantee. The enumerated ground of age is a permanent marker of suspect distinction. Any attempt to exclude youth from s. 15 protection misplaces the focus of a s. 15 inquiry, which is properly on the

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : L'opinion des juges Bastarache et LeBel, selon laquelle l'al. 29*a*) du règlement violait l'art. 15 de la *Charte*, est acceptée. Exclure a priori de la protection de l'art. 15 des groupes qui appartiennent clairement à une catégorie énumérée ne sert pas les fins de la garantie d'égalité. Le motif énuméré de l'âge est un indicateur permanent de l'existence d'une distinction suspecte. Toute tentative d'exclure les jeunes de la protection de l'art. 15 déplace le point de

effects of discrimination and not on the categorizing of grounds. Furthermore, the perspective of the legislature should not be incorporated in a s. 15 analysis. An intention to discriminate is not necessary for a finding of discrimination. Conversely, the fact that a legislature intends to assist the group or individual adversely affected by the distinction does not preclude a finding of discrimination.

Section 29(*a*) clearly draws a distinction on an enumerated ground. The only issue is whether s. 29(*a*) denies human dignity in purpose or effect. Harm to dignity results from infringements of individual interests including physical and psychological integrity. Such infringements undermine self-respect and self-worth and communicate to the individual that he or she is not a full member of Canadian society. Stereotypes are not needed to find a distinction discriminatory. Here, the contextual factors listed in *Law* support a finding of discrimination. In particular, the severe harm suffered by the claimant to a fundamental interest, as a result of a legislative distinction drawn on an enumerated or analogous ground, was sufficient for a court to conclude that the distinction was discriminatory. Because she was under 30, the claimant was exposed to the risk of severe poverty. She lived at times below the government's own standard of bare subsistence. Her psychological and physical integrity were breached. A reasonable person in the claimant's position, apprised of all the circumstances, would have perceived that her right to dignity had been infringed as a sole consequence of being under 30 years of age, a condition over which she had no control, and that she had been excluded from full participation in Canadian society. With respect to the other contextual factors, a legislative scheme which causes individuals to suffer severe threats to their physical and psychological integrity as a result of a personal characteristic which cannot be changed *prima facie* does not adequately take into account the needs, capacity or circumstances of the individual or group in question. An ameliorative purpose, as a contextual factor, must be for the benefit of a group less advantaged than the one targeted by the distinction. There is no such group in the present case. Finally, since unemployment was far higher among young adults as compared to the general active population, and an unprecedented number of young people were entering the job market at a time when federal social assistance programs were faltering, it is difficult to conclude that they did not suffer from a pre-existing disadvantage. Disadvantage need not be shared by all members of a group for there to be a finding of discrimination, if, as in this case, it can be shown that only

mire de l'analyse de l'art. 15, laquelle doit porter sur les effets de la discrimination et non sur le classement des motifs dans une catégorie. De surcroît, il n'y a pas lieu de prendre en considération le point de vue du législateur dans l'analyse fondée sur l'art. 15. Une intention de discriminer n'est pas nécessaire pour conclure à la discrimination. Inversement, le fait qu'un législateur ait l'intention d'aider le groupe ou la personne sur lesquels la distinction alléguée a un effet préjudiciable n'empêche pas de conclure à la discrimination.

L'alinéa 29*a*) établit clairement une distinction fondée sur un motif énuméré. La seule question qui se pose est de savoir si, dans son objet ou son effet, il porte atteinte à la dignité humaine. La dignité humaine est violée s'il y a atteinte aux intérêts individuels, dont l'intégrité physique et psychologique. Ces atteintes minent le respect et l'estime de soi et transmettent à l'individu l'idée qu'il n'est pas un membre à part entière de la société canadienne. Une distinction peut être discriminatoire même si elle ne repose pas sur des stéréotypes. En l'espèce, les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law* étayent une conclusion de discrimination. En particulier, la grave atteinte à un droit fondamental dont a été victime l'appelante, en raison d'une distinction législative fondée sur un motif énuméré ou analogue, était suffisante pour qu'un tribunal puisse statuer que la distinction était discriminatoire. L'appelante était exposée au risque d'une grande pauvreté du fait qu'elle avait moins de 30 ans. Elle a parfois vécu en-deçà du niveau de subsistance minimal fixé par le gouvernement même. Il y a eu atteinte à son intégrité psychologique et physique. Une personne raisonnable, placée dans la position de l'appelante et informée de toutes les circonstances, aurait estimé que son droit à la dignité était violé pour le seul motif qu'elle avait moins de 30 ans, alors qu'elle n'était pas en mesure de faire quoi que ce soit pour modifier cet attribut, et qu'elle était exclue d'une pleine participation à la société canadienne. En ce qui concerne les autres facteurs contextuels, un régime législatif qui menace sérieusement l'intégrité physique et psychologique de certaines personnes, simplement parce qu'elles possèdent une caractéristique personnelle qui ne peut être changée, ne tient pas adéquatement compte, à première vue, des besoins, des capacités et de la situation de la personne ou du groupe en cause. Un objectif d'amélioration, comme facteur contextuel, doit être à l'avantage d'un groupe moins favorisé que celui visé par la distinction. Il n'est pas question d'un tel groupe en l'espèce. Enfin, étant donné que le taux de chômage était beaucoup plus élevé chez les jeunes adultes que pour l'ensemble de la population active, et qu'un nombre record de jeunes entrait sur le marché du travail à une époque où les programmes fédéraux d'aide sociale étaient chancelants, il est difficile de conclure que les jeunes adultes n'étaient pas victimes d'un désavantage

2002 SCC 84 (CanLII)

members of that group suffered the disadvantage. The breach of s. 15 was not justified. On this point, there is agreement with Bastarache J.'s s. 1 analysis.

préexistant. Il n'est pas nécessaire que le désavantage frappe tous les membres d'un groupe pour qu'il y ait discrimination, à condition qu'il soit possible de démontrer, comme c'est le cas dans la présente affaire, que seuls des membres de ce groupe sont victimes du désavantage. La violation de l'art. 15 n'était pas justifiée. Sur ce point, il y a accord avec l'analyse que le juge Bastarache effectue au regard de l'article premier.

For the reasons given by Arbour J., s. 29(*a*) of the Regulation violated s. 7 of the *Charter*. Although governments should in general make policy implementation choices, other actors may aid in determining whether social programs are necessary. A claimant should be able to establish with adequate evidence what would constitute a minimum level of assistance. For the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal and substantially for the reasons expressed by Arbour J., the s. 7 violation was not justified.

Pour les motifs exposés par le juge Arbour, l'al. 29*a*) du règlement contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'il revienne en général aux gouvernements de faire les choix qui concernent la mise en œuvre des politiques, d'autres acteurs peuvent aider à déterminer si des programmes sociaux sont nécessaires. Un demandeur doit être en mesure d'établir, au moyen d'une preuve suffisante, ce qui serait un niveau minimal d'aide. Pour les motifs exposés par le juge dissident de la Cour d'appel et essentiellement pour les mêmes raisons que le juge Arbour, la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée.

For the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal, s. 29(*a*) of the Regulation infringes s. 45 of the Quebec *Charter*.

Pour les motifs exposés par le juge dissident de la Cour d'appel, l'al. 29*a*) du règlement viole l'art. 45 de la *Charte* québécoise.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Cleburne v. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985); *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Cleburne c. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985); *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd.*

2002 SCC 84 (CanLII)

124; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158.

By Bastarache J. (dissenting)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211.

c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

2002 SCC 84 (CanLII)

By LeBel J. (dissenting)

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497; *Lévesque v. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223; *Lecours v. Québec (Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638; *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; *Commission des droits de la personne du Québec v. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003, aff'd [1994] R.J.Q. 1227; *Desroches v. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540.

By Arbour J. (dissenting)

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta*, [1985] 1 S.C.R. 366; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999]

Citée par le juge LeBel (dissident)

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497; *Lévesque c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223; *Lecours c. Québec (Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638; *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61; *Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q 3003, conf. par [1994] R.J.Q. 1227; *Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta*, [1985] 1 R.C.S. 366; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*,

2002 SCC 84 (CanLII)

1 S.C.R. 497; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *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; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting income security, S.Q. 1988, c. 51, s. 92.
Act respecting the Constitution Act, 1982, R.S.Q., c. L-4.2, s. 1.
Act to amend the Social Aid Act, S.Q. 1984, c. 5, ss. 1, 2, 4, 5.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*d*), 3, 7, 8 to 14, 11(*b*), (*d*), (*f*), 12, 15, 23, 24(1), 33(1), (3).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 9.1, 10, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 52, 53.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 1002, 1003(*a*).
Constitution Act, 1867, ss. 23, 29, 99.
Constitution Act, 1982, ss. 38, 52.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 5(1), 10(1) "age".
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, Art. 11(1).
Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, ss. 23 [am. (1981) 113 O.G. II 4118, s. 1; am.

[1999] 1 R.C.S. 497; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*d*), 3, 7, 8 à 14, 11*b*), *d*), *f*), 12, 15, 23, 24(1), 32, 33(1), (3).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.1, 10, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 52, 53.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1002, 1003*a*).
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1), 10(1) « âge ».
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A(III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), art. 22, 25(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210.
Loi concernant la Loi constitutionelle de 1982, L.R.Q., ch. L-4.2, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 23, 29, 99.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 38, 52.
Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale, L.Q. 1984, ch. 5, art. 1, 2, 4, 5.
Loi sur l'aide sociale, L.R.Q., ch. A-16, art. 5, 6, 11 [mod. 1984, ch. 5, art. 1], 11.1 [aj. *idem*, art. 2], 11.2 [*idem*], 31, 45, 49.

2002 SCC 84 (CanLII)

(1986) 118 O.G. II 336, s. 1; am. (1986) 118 O.G. II 605, s. 1], 29 [am. (1981) 113 O.G. II 4118, s. 3; am. (1984) 116 O.G. II 2051, s. 3], 32, 35.0.1 [ad. (1984) 116 O.G. II 1432, s. 2], 35.0.2 [*idem*; am. (1985) 117 O.G. II 3690, s.1], 35.0.5 [ad. (1984) 116 O.G. II 1432, s. 2], 35.0.6 [*idem*], 35.0.7 [ad. (1984) 116 O.G. II 2052, s. 6].

Social Aid Act, R.S.Q., c. A-16, ss. 5, 6, 11 [am. 1984, c. 5, s. 1], 11.1 [ad. *idem*, s. 2], 11.2 [*idem*], 31, 45, 49.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Arts. 22, 25(1).

Authors Cited

Ascah, Louis. *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec: un regard économique*. Sherbrooke: Université de Sherbrooke, 1988.

Bosset, Pierre. "Les droits économiques et sociaux: parents pauvres de la Charte québécoise?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 583.

Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. "The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter" (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175.

Carignan, Pierre. "L'égalité dans le droit: une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne". Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis.* Montréal: Thémis, 1989, 101.

Fortin, Pierre. "Le chomâge des jeunes au Québec: aggravation et concentration (1966-1982)" (1984), 39 *Relations industrielles* 419.

Fortin, Pierre. "Les mesures d'employabilité à l'aide sociale: origine, signification et portée", février 1990.

Greschner, Donna. "The Purpose of Canadian Equality Rights" (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291.

Guérin, Gilles. *Les jeunes et le marché du travail.* Québec: Commission consultative sur le travail, 1986.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2001, release 1).

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs.* Montréal: Thémis, 1996.

Longtin, Marie-José, et Daniel Jacoby. "La Charte vue sous l'angle du législateur". Dans *La nouvelle Charte sur les droits et les libertés de la personne*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 21. Montréal: Barreau du Québec, 1977, 4.

Poulin Simon, Lise, et Diane Bellemare. *Le plein emploi: pourquoi?* Québec: Presses de l'Université du Québec, 1983.

Loi sur la sécurité du revenu, L.Q. 1988, ch. 51, art. 92.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 11(1).

Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, art. 23 [mod. (1981) 113 G.O. II 5525, art. 1; mod. (1986) 118 G.O. II 710, art. 1; mod. (1986) 118 G.O. II 1193, art. 1], 29 [mod. (1981) 113 G.O. II 5525, art. 3; mod. (1984) 116 G.O. II 2399, art. 3], 32, 35.0.1 [aj. (1984) 116 G.O. II 1687, art. 2], 35.0.2 [*idem*; mod. (1985) 117 G.O. II 5318, art. 1], 35.0.5 [aj. (1984) 116 G.O. II 1687, art. 2], 35.0.6 [*idem*], 35.0.7 [aj. (1984) 116 G.O. II 2400, art. 6].

Doctrine citée

Ascah, Louis. *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec : un regard économique*. Sherbrooke : Université de Sherbrooke, 1988.

Bosset, Pierre. « Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise? » (1996), 75 *R. du B. can*. 583.

Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. « The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter » (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175.

Carignan, Pierre. « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne ». Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis.* Montréal : Thémis, 1989, 101.

Fortin, Pierre. « Le chomâge des jeunes au Québec : aggravation et concentration (1966-1982) » (1984), 39 *Relations industrielles* 419.

Fortin, Pierre. « Les mesures d'employabilité à l'aide sociale : origine, signification et portée », février 1990.

Greschner, Donna. « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291.

Guérin, Gilles. *Les jeunes et le marché du travail.* Québec : Commission consultative sur le travail, 1986.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2001, release 1).

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs.* Montréal : Thémis, 1996.

Longtin, Marie-José, et Daniel Jacoby. « La Charte vue sous l'angle du législateur ». Dans *La nouvelle Charte sur les droits et libertés de la personne*, Formation permanente du Barreau du Québec, cours n° 21. Montréal : Barreau du Québec, 1977, 4.

Nations Unies. Conseil économique et social. Comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Rapport*

2002 SCC 84 (CanLII)

Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 79, 12 novembre 1974, p. 2744.

Quebec. Minister of Manpower and Income Security. *Pour une politique de sécurité du revenu.* Quebec: Minister of Manpower and Income Security, 1987.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, "deprive".

United Nations. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Report of the Fifth Session* (26 November-14 December, 1990), Supplement No. 3 (1991).

Weinrib, Lorraine Eisenstat. "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter" (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 1033, [1999] Q.J. No. 1365 (QL), affirming a decision of the Superior Court, [1992] R.J.Q. 1647, [1992] Q.J. No. 928 (QL). Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. dissenting.

Carmen Palardy, *Georges Massol* and *Stéphanie Bernstein*, for the appellant.

André Fauteux and *Isabelle Harnois*, for the respondent.

Janet E. Minor and *Peter Landmann*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Gabriel Bourgeois, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Sarah Macdonald, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Margaret Unsworth, for the intervener the Attorney General for Alberta.

David Matas, for the intervener Rights and Democracy (also known as International Centre for Human Rights and Democratic Development).

Hélène Tessier, for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

sur la cinquième session (26 novembre-14 décembre 1990), supplément nº 3 (1991).

Poulin Simon, Lise, et Diane Bellemare. *Le plein emploi : pourquoi?* Québec : Presses de l'Université du Québec, 1983.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 30e lég., vol. 15, nº 79, 12 novembre 1974, p. 2744.

Québec. Ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu. *Pour une politique de sécurité du revenu.* Québec : Ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu, 1987.

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1, 3rd ed. Oxford : Clarendon Press, "deprive".

Weinrib, Lorraine Eisenstat. « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter » (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 1033, [1999] J.Q. nº 1365 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1992] R.J.Q. 1647, [1992] J.Q. nº 928 (QL). Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour et LeBel sont dissidents.

Carmen Palardy, *Georges Massol* et *Stéphanie Bernstein*, pour l'appelante.

André Fauteux et *Isabelle Harnois*, pour l'intimé.

Janet E. Minor et *Peter Landmann*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gabriel Bourgeois, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Sarah Macdonald, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Margaret Unsworth, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

David Matas, pour l'intervenant Droits et Démocratie (aussi appelé Centre international des droits de la personne et du développement démocratique).

Hélène Tessier, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

2002 SCC 84 (CanLII)

Gwen Brodsky and *Rachel Cox*, for the intervener the National Association of Women and the Law (NAWL).

Vincent Calderhead and *Martha Jackman*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues (CCPI).

Chantal Masse and *Fred Headon*, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA).

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 Louise Gosselin was born in 1959. She has led a difficult life, complicated by a struggle with psychological problems and drug and alcohol addictions. From time to time she has tried to work, attempting jobs such as cook, waitress, salesperson, and nurse's assistant, among many. But work would wear her down or cause her stress, and she would quit. For most of her adult life, Ms. Gosselin has received social assistance.

2 In 1984, the Quebec government altered its existing social assistance scheme in an effort to encourage young people to get job training and join the labour force. Under the scheme, which has since been repealed, the base amount payable to welfare recipients under 30 was lower than the base amount payable to those 30 and over. The new feature was that, to receive an amount comparable to that received by older people, recipients under 30 had to participate in a designated work activity or education program.

3 Ms. Gosselin contends that the lower base amount payable to people under 30 violates: (1) s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"), which guarantees equal treatment without discrimination based on grounds

Gwen Brodsky et *Rachel Cox*, pour l'intervenante l'Association nationale de la femme et du droit (ANFD).

Vincent Calderhead et *Martha Jackman*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté (CCQP).

Chantal Masse et *Fred Headon*, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne (ACCCDP).

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Louise Gosselin est née en 1959. Elle a vécu une vie difficile, compliquée par des problèmes psychologiques et de dépendance à l'alcool et aux drogues. Elle a tenté de travailler à l'occasion, notamment comme cuisinière, serveuse, vendeuse et aide-infirmière. Cependant, le travail l'épuisait ou la stressait et elle quittait son emploi. Pendant la majeure partie de sa vie adulte, Mme Gosselin a reçu de l'aide sociale.

En 1984, le gouvernement du Québec a modifié le régime d'aide sociale en vigueur à l'époque en vue d'encourager les jeunes à obtenir une formation professionnelle et à s'intégrer dans la population active. En vertu de ce régime, abrogé depuis, l'allocation de base payable aux bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans était inférieure à celle accordée aux 30 ans et plus. L'élément novateur de ce régime était qu'il obligeait les bénéficiaires de moins de 30 ans à participer à une activité de travail désignée ou à un programme de formation pour recevoir un montant comparable à celui touché par les bénéficiaires plus âgés.

Madame Gosselin soutient que l'allocation de base inférieure payable aux personnes de moins de 30 ans contrevient : (1) au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* ») qui garantit l'égalité de traitement sans

2002 SCC 84 (CanLII)

including age; (2) s. 7 of the *Canadian Charter*, which prevents the government from depriving individuals of liberty and security except in accordance with the principles of fundamental justice; and (3) s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"). She further argues that neither of the alleged *Canadian Charter* violations can be demonstrably justified under s. 1.

discrimination fondée notamment sur l'âge; (2) à l'art. 7 de la *Charte canadienne* qui interdit au gouvernement de porter atteinte à la liberté et à la sécurité d'une personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale; (3) à l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »). Elle fait également valoir qu'aucune des violations alléguées de la *Charte canadienne* ne peut se justifier au regard de l'article premier.

On this basis, Ms. Gosselin asks this Court to order the Quebec government to pay the difference between the lower and the higher base amounts to all the people who: (1) lived in Quebec and were between the ages of 18 and 30 at any time from 1985 to 1989; (2) received the lower base amount payable to those under 30; and (3) did not participate in the government programs, for whatever reason. On her submissions, this would mean ordering the government to pay almost $389 million in benefits plus the interest accrued since 1985. Ms. Gosselin claims this remedy on behalf of over 75 000 unnamed class members, none of whom came forward in support of her claim.

4 Sur ce fondement, Mme Gosselin demande à notre Cour d'ordonner au gouvernement du Québec de rembourser une somme égale à l'écart entre les allocations de base inférieure et supérieure à toutes les personnes qui : (1) vivaient au Québec et avaient entre 18 et 30 ans à un moment quelconque au cours de la période s'échelonnant de 1985 à 1989; (2) ont touché l'allocation de base inférieure payable aux moins de 30 ans; (3) ne participaient pas aux programmes gouvernementaux, pour quelque raison que ce soit. Selon ses observations, la Cour devrait ainsi ordonner au gouvernement de payer presque 389 millions de dollars en prestations plus les intérêts accumulés depuis 1985. Madame Gosselin sollicite ce redressement pour le compte de plus de 75 000 membres non désignés du groupe, dont aucun ne s'est présenté pour appuyer sa demande.

In my view, the evidence fails to support Ms. Gosselin's claim on any of the asserted grounds. Accordingly, I would dismiss the appeal.

5 À mon avis, la preuve n'établit le bien-fondé d'aucun des moyens plaidés par Mme Gosselin à l'appui de sa demande. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Facts and Decisions

II. Les faits et les décisions rendues

6 In 1984, in the face of alarming and growing unemployment among young adults, the Quebec legislature made substantial amendments to the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, creating a new scheme — the scheme at issue in this litigation. Section 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, made under the Act continued to cap the base amount of welfare payable to those under 30 at roughly one third of the base amount payable to those 30 and over. However, the 1984 scheme for the first time made it possible for people under 30 to increase their welfare payments,

En 1984, devant le taux de chômage alarmant et sans cesse croissant observé chez les jeunes adultes, le législateur québécois a apporté d'importantes modifications à la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, créant un nouveau régime — le régime contesté en l'espèce. L'alinéa 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, pris en application de la Loi, maintenait les prestations de base payables aux personnes de moins de 30 ans au tiers environ des prestations de base versées aux 30 ans et plus. Pour la première fois cependant, le nouveau régime permettait aux moins de 30 ans de

2002 SCC 84 (CanLII)

over and above the basic entitlement, to the same (or nearly the same) level as those in the 30-and-over group.

hausser le niveau de leurs prestations d'aide sociale pour recevoir des prestations supérieures à l'allocation de base et égales (ou presque) à celles versées aux prestataires de 30 ans et plus.

7 The new scheme was based on the philosophy that the most effective way to encourage and enable young people to join the workforce was to make increased benefits conditional on participation in one of three programs: On-the-job Training, Community Work, or Remedial Education. Participating in either On-the-job Training or Community Work boosted the welfare payment to a person under 30 up to the base amount for those 30 and over; participating in Remedial Education brought an under-30 within $100 of the 30-and-over base amount. The 30-and-over base amount still represented only 55 percent of the poverty level for a single person. For example, in 1987, non-participating under-30s were entitled to $170 per month, compared to $466 per month for welfare recipients 30 and over. According to Statistics Canada, the poverty level for a single person living in a large metropolitan area was $914 per month in 1987. Long-term dependence on welfare was neither socially desirable nor, realistically speaking, economically feasible. The Quebec scheme was designed to encourage under-30s to get training or basic education, helping them to find permanent employment and avoid developing a habit of relying on social assistance during these formative years.

Selon la philosophie qui sous-tendait le nouveau régime, la façon la plus efficace d'encourager et de permettre l'intégration des jeunes dans la population active consistait à leur verser des prestations plus élevées à condition qu'ils participent à l'un des trois programmes suivants : Stages en milieu de travail, Travaux communautaires et Rattrapage scolaire. En participant à l'un ou l'autre des deux premiers programmes, les bénéficiaires de moins de 30 ans touchaient l'équivalent de l'allocation de base payable aux 30 ans et plus, alors qu'en participant au programme Rattrapage scolaire, ils touchaient une somme inférieure de 100 $ à cette allocation. L'allocation de base payable aux 30 ans et plus ne représentait quand même que 55 p. 100 du seuil de pauvreté pour une personne seule. Par exemple, en 1987, les bénéficiaires de moins de 30 ans qui ne participaient à aucun des programmes avaient droit à 170 $ par mois, contre 466 $ pour les bénéficiaires de 30 ans et plus. Selon Statistique Canada, le seuil de pauvreté pour une personne seule vivant dans une zone métropolitaine était en 1987 de 914 $ par mois. La dépendance à long terme à l'aide sociale n'était ni socialement souhaitable ni, de façon réaliste, financièrement possible. Le régime du Québec visait à inciter les moins de 30 ans à acquérir une instruction de base ou une formation, ce qui les aiderait à trouver un emploi permanent et à éviter de développer une dépendance à l'aide sociale au cours des années où ils amorcent leur vie d'adultes.

8 The government initially made available 30 000 places in the three training programs. The record indicates that the percentage of eligible under-30s who actually participated in the programs averaged around one-third, but it does not explain this participation rate. Although Ms. Gosselin filed a class action on behalf of over 75 000 individuals, she provided no direct evidence of any other young person's experience with the government programs. She alone provided first-hand evidence and testimony as a class member in this case, and she in fact participated in each of the Community Work, Remedial

Le gouvernement avait ouvert au départ 30 000 places dans les trois programmes de formation. Le dossier indique que la proportion de personnes admissibles de moins de 30 ans qui ont réellement participé aux programmes est d'environ un tiers en moyenne, mais il n'explique pas ce taux de participation. Bien que Mme Gosselin ait intenté un recours collectif au nom de plus de 75 000 personnes, elle n'a fourni aucune preuve directe de l'expérience qu'aurait vécue une autre jeune personne dans le cadre des programmes gouvernementaux. Elle est la seule personne en l'espèce à avoir fourni une

2002 SCC 84 (CanLII)

Education and On-the-job Training Programs at various times. She ended up dropping out of virtually every program she started, apparently because of her own personal problems and personality traits. The testimony from one social worker, particularly as his clinic was attached to a psychiatric hospital and therefore received a disproportionate number of welfare recipients who also had serious psychological problems, does not give us a better or more accurate picture of the situation of the other class members, or of the relationship between Ms. Gosselin's personal difficulties and the structure of the welfare program.

preuve originale et témoigné à titre de membre du groupe, et elle a participé, de fait, à différentes époques, à chacun des trois programmes Travaux communautaires, Rattrapage scolaire et Stages en milieu de travail. Pratiquement chaque fois, elle finissait par abandonner le programme auquel elle s'était inscrite, apparemment en raison de ses problèmes personnels et de ses traits de personnalité. Le témoignage d'un travailleur social, dont la clinique était rattachée à un hôpital psychiatrique et accueillait par conséquent un nombre disproportionné de prestataires d'aide sociale qui avaient aussi de graves problèmes psychologiques, ne nous brosse pas un tableau plus juste ou plus précis de la situation des autres membres du groupe ni du lien entre les difficultés personnelles de Mme Gosselin et l'économie générale du régime d'aide sociale.

Ms. Gosselin challenged the 1984 social assistance scheme on behalf of all welfare recipients under 30 subject to the differential regime from 1985 to 1989 (when, for reasons unrelated to this litigation, it was replaced by legislation that does not make age-based distinctions). As indicated above, she argued that Quebec's social assistance scheme violates s. 7 and s. 15(1) of the *Canadian Charter*, and s. 45 of the *Quebec Charter*. She asks the Court to declare s. 29(*a*) of the Regulation — which provided a lesser base welfare entitlement to people under 30 — to have been invalid from 1987 (when it lost the protection of the notwithstanding clause) to 1989, and to order the government of Quebec to reimburse all affected welfare recipients for the difference between what they actually received and what they would have received had they been 30 years of age or over, for a total of roughly $389 million, plus interest.

9 Madame Gosselin a contesté le régime d'aide sociale de 1984 au nom de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui étaient assujettis au régime établissant un traitement différent entre 1985 et 1989 (année où le législateur québécois, pour des raisons sans rapport avec la présente action en justice, l'a remplacé par un régime ne faisant aucune distinction fondée sur l'âge). Comme je l'ai indiqué précédemment, Mme Gosselin soutient que le régime d'aide sociale du Québec contrevient à l'art. 7 et au par. 15(1) de la *Charte canadienne*, ainsi qu'à l'art. 45 de la *Charte québécoise*. Elle demande à notre Cour de déclarer que l'al. 29*a*) du Règlement — qui accordait une prestation de base moindre aux moins de 30 ans — était invalide de 1987 (lorsque a pris fin la protection offerte par la disposition de dérogation) jusqu'en 1989, et d'ordonner au gouvernement du Québec de rembourser à tous les bénéficiaires d'aide sociale visés une somme égale à la différence entre les prestations qu'ils ont reçues et celles qu'ils auraient touchées s'ils avaient eu 30 ans ou plus, soit une somme totale d'environ 389 millions de dollars, plus les intérêts.

The trial judge, Reeves J., held that the claim was not supported by the evidence and that the distinction made by Quebec's social assistance regime was not discriminatory under s. 15(1) of the *Canadian Charter* because it was based on genuine considerations that corresponded to relevant characteristics of

10 Le juge Reeves, qui a présidé le procès, a conclu que la demande n'était pas étayée par la preuve et que la distinction établie par le régime d'aide sociale du Québec n'était pas discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne*, parce qu'elle était fondée sur des considérations véritables,

2002 SCC 84 (CanLII)

the under-30 age group, including the importance of providing under-30s with incentives to get training and work experience in the face of widespread youth unemployment: [1992] R.J.Q. 1647. He dismissed Ms. Gosselin's s. 7 claim, holding that s. 7's protection of security of the person does not extend to economic security and does not create a constitutional right to be free from poverty. He also rejected the claim under s. 45 of the *Quebec Charter* on the ground that s. 45 does not create an entitlement to a particular level of state assistance.

correspondant à des caractéristiques pertinentes du groupe des moins de 30 ans — notamment l'importance d'inciter les moins de 30 ans à acquérir une formation et de l'expérience de travail pour contrer le chômage très répandu chez les jeunes : [1992] R.J.Q. 1647. Le juge Reeves a rejeté la prétention fondée sur l'art. 7 que faisait valoir Mme Gosselin, statuant que la protection offerte par cet article, garantissant le droit à la sécurité de la personne, ne s'étend pas à la sécurité financière et ne crée pas de droit constitutionnel de vivre à l'abri de la pauvreté. Il n'a pas non plus retenu l'argument fondé sur l'art. 45 de la *Charte québécoise*, au motif que cette disposition ne crée pas le droit de recevoir de l'État un niveau d'aide particulier.

11 All three judges of the Quebec Court of Appeal agreed that s. 7 of the *Canadian Charter* was not engaged in this case: [1999] R.J.Q. 1033. Mailhot J.A. found this case indistinguishable from *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, and dismissed the s. 15(1) claim accordingly. Baudouin J.A. found that Quebec's social assistance scheme breached s. 15(1), but he found the breach justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter*. Robert J.A. would have found that the social assistance scheme breached s. 15(1) of the *Canadian Charter* and was not saved by s. 1, but he would have dismissed the claim for damages as inappropriate. On s. 45 of the *Quebec Charter*, only Robert J.A. found a breach, for which he held damages unavailable.

Les trois juges de la Cour d'appel du Québec ont reconnu que l'art. 7 de la *Charte canadienne* ne s'appliquait pas en l'espèce : [1999] R.J.Q. 1033. Madame le juge Mailhot a estimé que l'affaire ne pouvait être distinguée de l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et elle a en conséquence rejeté l'argument fondé sur le par. 15(1). Le juge Baudouin a conclu que le régime d'aide sociale du Québec violait le par. 15(1), mais il a jugé que cette atteinte était justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. Le juge Robert aurait conclu que le régime d'aide sociale violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne* et qu'il ne pouvait être validé par application de l'article premier; il aurait cependant rejeté la demande de dommages-intérêts, considérant qu'il ne s'agissait pas d'une réparation convenable. En ce qui concerne l'art. 45 de la *Charte québécoise*, seul le juge Robert a conclu à la violation de cette disposition, mais il a jugé qu'elle ne donnait pas ouverture à des dommages-intérêts.

III. Issues

12 This case raises the important question of how to determine when the differential provision of government benefits crosses the line that divides appropriate tailoring in light of different groups' circumstances, and discrimination. To what extent does the *Canadian Charter* restrict a government's discretion to extend different kinds of help, and different levels

III. Les questions en litige

Le pourvoi soulève l'importante question de savoir dans quelles circonstances le gouvernement, en accordant des prestations sur une base différente, franchit la ligne de démarcation entre l'adaptation d'une mesure à la situation différente d'un groupe et la discrimination. Dans quelle mesure la *Charte canadienne* restreint-elle le pouvoir discrétionnaire

2002 SCC 84 (CanLII)

of financial assistance, to different groups of welfare recipients? How much evidence is required to compel a government to retroactively reimburse tens of thousands of people for alleged shortfalls in their welfare payments, arising from a conditional benefits scheme? These issues have implications for the range of options available to governments throughout Canada in tailoring welfare programs to address the particular needs and circumstances of individuals requiring social assistance.

des gouvernements d'offrir divers types d'assistance et niveaux d'aide financière à des groupes différents de bénéficiaires d'aide sociale? Quelle est l'étendue de la preuve requise pour contraindre le gouvernement à rembourser à des dizaines de milliers de personnes le montant d'aide sociale qu'elles n'ont pas perçu parce que le régime assujettissait les prestations à une condition? Cette question a des répercussions sur l'éventail des solutions dont disposent les gouvernements de tous les ressorts au Canada pour concevoir des programmes de sécurité sociale adaptés à la situation et aux besoins particuliers des personnes qui ont besoin de l'aide sociale.

2002 SCC 84 (CanLII)

The specific legal issues are found in the stated constitutional questions:

13 Les questions de droit en litige sont énoncées dans les questions constitutionnelles ainsi formulées :

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

A further issue is whether s. 29(*a*) of the Regulation violates s. 45 of the *Quebec Charter*, and if so, whether a remedy is available.

14 Il faut également déterminer si l'al. 29*a*) du Règlement viole l'art. 45 de la *Charte québécoise* et, dans l'affirmative, si une réparation peut être accordée.

A preliminary issue arises in connection with s. 33 of the *Canadian Charter* — the "notwithstanding clause". By virtue of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, R.S.Q., c. L-4.2, the Quebec

15 Une question préliminaire se pose relativement à l'art. 33 de la *Charte canadienne*, la disposition de dérogation. Le législateur québécois a édicté la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*,

legislature withdrew all Quebec laws from the *Canadian Charter* regime for five years from their inception. This means that the Act is immune from *Canadian Charter* scrutiny from June 23, 1982 to June 23, 1987, and the programs part of the scheme is immune from April 4, 1984 to April 4, 1989 (see *An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1984, c. 5, ss. 4 and 5). It could be argued, therefore, that the scheme is protected from *Canadian Charter* scrutiny on s. 7 or s. 15(1) grounds for the whole period except for the four months from April 4, 1989 to August 1, 1989. This raises the further question of whether evidence on the legislation's impact outside the four-month period subject to *Canadian Charter* scrutiny can be used to generate conclusions about compliance with the *Canadian Charter* within the four-month period. In view of my conclusion that the program is constitutional in any event, I need not resolve these issues.

L.R.Q., ch. L-4.2, pour soustraire toutes les lois québécoises à l'application de la *Charte canadienne* pendant une période de cinq ans à compter de leur adoption. En conséquence, la Loi était à l'abri d'un contrôle fondé sur la *Charte canadienne* du 23 juin 1982 au 23 juin 1987, et les programmes établis par le régime l'étaient entre le 4 avril 1984 et le 4 avril 1989 (voir la *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1984, ch. 5, art. 4 et 5). On pourrait donc avancer que le contrôle de la conformité du régime avec l'art. 7 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne* est exclu pour toute la période en cause sauf les quatre mois écoulés entre le 4 avril 1989 et le 1er août 1989. Cette situation soulève une autre question, soit celle de savoir si la preuve concernant l'effet de la mesure législative en dehors de la période de quatre mois où le régime était susceptible d'un examen fondé sur la *Charte canadienne* peut être utilisée pour tirer des conclusions quant à sa conformité avec la *Charte canadienne* durant cette période de quatre mois. Compte tenu de ma conclusion que le régime est constitutionnel de toute façon, il n'est pas nécessaire que je tranche ces questions.

IV. Analysis

A. *Does the Social Assistance Scheme Violate Section 15(1) of the Canadian Charter?*

1. The Section 15 Test

16 Section 15(1) of the *Canadian Charter* provides that "[e]very 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."

17 To establish a violation of s. 15(1), the claimant must establish on a civil standard of proof that: (1) the law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; (2) one or more enumerated or analogous grounds are the basis for the differential treatment; and (3) the law in question has a purpose or effect that is discriminatory in the sense that it denies human dignity or

IV. Analyse

A. *Le régime d'aide sociale viole-t-il le par. 15(1) de la Charte canadienne?*

1. Le test de l'art. 15

Le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* dispose que « [l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

Pour établir une violation du par. 15(1), la demanderesse doit, selon la norme de preuve en matière civile, démontrer que (1) par son objet ou ses effets, la règle de droit contestée la traite différemment d'autrui, (2) ce traitement différent est fondé sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues, et (3) l'objet ou les effets de la règle de droit sont discriminatoires en ce que celle-ci porte atteinte à la dignité

2002 SCC 84 (CanLII)

treats people as less worthy on one of the enumerated or analogous grounds. In this case, the first two elements are clear, and the analysis focuses on whether the scheme was discriminatory.

humaine ou traite certaines personnes comme si elles étaient moins dignes d'être reconnues pour l'un ou l'autre des motifs énumérés ou analogues. En l'espèce, les deux premiers éléments sont clairs, et l'analyse vise à déterminer si le régime était discriminatoire.

18 My colleague Bastarache J. and I agree that *Law* remains the governing standard. We agree that the s. 15(1) test involves a contextual inquiry to determine whether a challenged distinction, viewed from the perspective of a reasonable person in the claimant's circumstances, violates that person's dignity and fails to respect her as a full and equal member of society. We agree that a distinction made on an enumerated or analogous ground violates essential human dignity to the extent that it reflects or promotes the view that the individuals affected are less deserving of concern, respect, and consideration than others: *Law*, *supra*, at para. 42; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171, *per* McIntyre J. We agree that a claimant bears the burden under s. 15(1) of showing on a civil standard of proof that a challenged distinction is discriminatory, in the sense that it harms her dignity and fails to respect her as a full and equal member of society. We agree that, if a claimant meets this burden, the burden shifts to the government to justify the distinction under s. 1.

Mon collègue le juge Bastarache et moi sommes d'accord pour dire que l'arrêt *Law* demeure la norme applicable. Nous reconnaissons que le test du par. 15(1) nécessite un examen contextuel visant à déterminer si une distinction contestée, considérée du point de vue d'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse, porte atteinte à la dignité de la personne et ne la respecte pas en tant que membre à part entière de la société. Nous convenons qu'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue porte atteinte à la dignité humaine essentielle dans la mesure où elle traduit ou propage l'idée que les personnes visées sont moins dignes d'intérêt, de respect ou de considération que les autres : *Law*, précité, par. 42; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171, le juge McIntyre. Nous partageons l'opinion qu'il incombe à la demanderesse de démontrer en vertu du par. 15(1), suivant la norme de preuve en matière civile, qu'une distinction contestée est discriminatoire en ce sens qu'elle porte atteinte à sa dignité et ne la respecte pas en tant que membre à part entière de la société. Nous nous entendons également sur le fait qu'il appartient ensuite au gouvernement, si la demanderesse s'acquitte de son fardeau, de justifier la distinction sous le régime de l'article premier.

19 Where we disagree is on whether the claimant in this particular case has met her burden of proof. We both examine the contextual factors enunciated in *Law*, but we reach different conclusions with respect to the adequacy of the factual record, the nature of the inferences we can draw from that record, and the deference owed to the findings of the trial judge. Whatever sympathy Ms. Gosselin's economic circumstances might provoke, I simply cannot find that she has met her burden of proof in showing that the Quebec government discriminated against her based on her age. In my respectful view, she has not demonstrated that the government treated her as

Nous divergeons cependant d'opinion sur la question de savoir si la demanderesse en l'espèce a satisfait à son fardeau de preuve. Nous procédons tous les deux à un examen des facteurs contextuels énoncés dans *Law*, mais arrivons à des conclusions différentes quant à la suffisance du dossier factuel, à la nature des inférences que nous pouvons faire à partir du dossier et à la retenue dont nous devons faire preuve à l'égard des conclusions du juge de première instance. Quelle que soit la sympathie que les circonstances économiques de Mme Gosselin puissent susciter, je ne peux tout simplement pas conclure qu'elle s'est acquittée de la preuve qui lui

2002 SCC 84 (CanLII)

less worthy than older welfare recipients, simply because it conditioned increased payments on her participation in programs designed specifically to integrate her into the workforce and to promote her long-term self-sufficiency.

incombait de démontrer que le gouvernement du Québec a fait preuve de discrimination fondée sur l'âge à son endroit. À mon humble avis, elle n'a pas démontré que le gouvernement l'a traitée comme une personne de moindre valeur que les bénéficiaires d'aide sociale plus âgés, simplement parce qu'il a assujetti le versement de prestations accrues à sa participation à des programmes conçus expressément pour l'intégrer dans la population active et promouvoir son autonomie à long terme.

20 We must approach the question of whether the scheme was discriminatory in light of the purpose of the s. 15 equality guarantee. That purpose is to ensure that governments respect the innate and equal dignity of every individual without discrimination on the basis of the listed or analogous grounds: *Law*, *supra*, at para. 51. The aspect of human dignity targeted by s. 15(1) is the right of each person to participate fully in society and to be treated as an equal member, regardless of irrelevant personal characteristics, or characteristics attributed to the individual based on his or her membership in a particular group without regard to the individual's actual circumstances. As Iacobucci J. put it in *Law* (at para. 51):

> [T]he purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

Nous devons examiner le caractère discriminatoire du régime par rapport à l'objet de la garantie d'égalité accordée par l'art. 15, qui consiste à garantir que les gouvernements respectent la dignité inhérente égale de chaque personne sans discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue : *Law*, précité, par. 51. L'aspect de la dignité humaine visée par le par. 15(1) est le droit de chaque personne de participer pleinement à la société et d'être traitée comme un membre égal de la société, indépendamment des caractéristiques personnelles non pertinentes ou des caractéristiques attribuées à une personne en raison de son appartenance à un groupe particulier sans égard à sa situation réelle. Comme l'affirme le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, par. 51 :

> [L]e par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

21 Discrimination occurs when people are marginalized or treated as less worthy on the basis of irrelevant personal characteristics, without regard to their actual circumstances. The enumerated and analogous grounds of s. 15 serve as "legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making"; differential treatment based on these grounds invites judicial scrutiny: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 7, *per* McLachlin and Bastarache JJ. However, not every adverse distinction made on the basis of an enumerated or analogous ground constitutes

Il y a discrimination lorsque des personnes sont marginalisées ou traitées comme des personnes de moindre valeur en raison de caractéristiques personnelles non pertinentes, sans égard à leur situation réelle. Les motifs énumérés et analogues visés à l'art. 15 servent d'« indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes »; la différence de traitement fondée sur ces motifs appelle un examen judiciaire : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7, les juges McLachlin et Bastarache. Toutefois, toute

2002 SCC 84 (CanLII)

discrimination: see *Corbiere*. Some group-based distinctions may be appropriate or indeed promote substantive equality, as envisaged in s. 15(2): see *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37.

distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue ne constitue pas une mesure discriminatoire : voir *Corbiere*. Certaines distinctions fondées sur des caractéristiques de groupe peuvent être appropriées ou en fait promouvoir l'égalité réelle, comme le prévoit le par. 15(2) : voir l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37.

22 Section 15(1) seeks to ensure that all are treated as equally worthy of full participation in Canadian society, regardless of irrelevant personal characteristics or membership in groups defined by the enumerated and analogous grounds: see D. Greschner, "The Purpose of Canadian Equality Rights" (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291. The focus is not on whether or not the claimant is subject to a formal distinction, but on whether the claimant has in substance been treated as less worthy than others, whether or not a formal distinction exists: *Andrews*, *supra*, at pp. 164-69, *per* McIntyre J.; *Law*, *supra*, at para. 25; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

Le paragraphe 15(1) cherche à garantir que tous soient traités comme également dignes de participer pleinement dans la société canadienne, indépendamment de caractéristiques personnelles non pertinentes ou de l'appartenance à des groupes définis par rapport à des motifs énumérés et analogues : voir D. Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291. Il ne faut pas porter son attention sur la question de savoir si la partie demanderesse fait l'objet d'une distinction formelle, mais se demander si elle a été traitée réellement comme une personne de moindre valeur que d'autres, peu importe qu'il existe ou non une distinction formelle : *Andrews*, précité, p. 164-169, le juge McIntyre; *Law*, précité, par. 25; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

23 Section 15's purpose of protecting equal membership and full participation in Canadian society runs like a leitmotif through our s. 15 jurisprudence. *Corbiere* addressed the participation of off-reserve Aboriginal band members in band governance. *Eaton* and *Eldridge* spoke of the harms of excluding disabled individuals from the larger society: *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624. *Vriend* dealt with a legislature's exclusion of the ground of sexual orientation from a human rights statute protecting individuals from discrimination based on a range of other grounds: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. *Granovsky* resonated with the language of belonging: "Exclusion and marginalization are generally not created by the individual with disabilities but are created by the economic and social environment and, unfortunately, by the state itself":

L'objet de l'art. 15, qui consiste à protéger une appartenance égale et une pleine participation à la société canadienne, ressort comme un leitmotiv dans notre jurisprudence sur l'art. 15. L'arrêt *Corbiere* a statué sur la participation des membres de bandes autochtones à l'administration de la bande. Les arrêts *Eaton* et *Eldridge* traitent du préjudice que leur exclusion de l'ensemble de la société cause aux personnes atteintes d'une déficience : *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. L'arrêt *Vriend* porte sur l'exclusion par une législature du motif de l'orientation sexuelle dans une loi en matière de droits de la personne qui protège les individus contre la discrimination fondée sur un éventail d'autres motifs : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. L'arrêt *Granovsky* a repris le thème de l'appartenance : « Ce n'est généralement pas la

2002 SCC 84 (CanLII)

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 30.

personne ayant une déficience qui est à l'origine de l'exclusion et de la marginalisation, mais plutôt l'environnement socioéconomique et, malheureusement, l'État lui-même » : *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 30.

24 To determine whether a distinction made on an enumerated or analogous ground is discriminatory, we must examine its context. As Binnie J. stated in *Granovsky*, *supra*, at para. 59, citing U.S. Supreme Court Marshall J.'s partial dissent in *Cleburne v. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985): "[a] sign that says 'men only' looks very different on a bathroom door than a courthouse door". In each case, we must ask whether the distinction, viewed in context, treats the subject as less worthy, less imbued with human dignity, on the basis of an enumerated or analogous ground.

Pour déterminer si une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue est discriminatoire, nous devons en examiner le contexte. Comme le juge Binnie l'a affirmé dans l'arrêt *Granovsky*, précité, par. 59, en citant les propos suivants du juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis, dissident en partie, dans l'arrêt *Cleburne c. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985) : [TRADUCTION] « [l]'effet d'une affiche indiquant "Hommes seulement" diffère considérablement selon qu'elle se trouve sur la porte d'une salle de toilettes ou sur celle d'un palais de justice ». Dans chaque cas, nous devons nous demander si la distinction, examinée dans son contexte, traite le sujet comme une personne de moindre valeur ou moins empreinte de dignité, sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue.

25 The need for a contextual inquiry to establish whether a distinction conflicts with s. 15(1)'s purpose is the central lesson of *Law*. The issue, as my colleagues and I all agree, is whether "a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity" having regard to the individual's or group's traits, history, and circumstances: *Law*, at para. 60, followed in *Lovelace*, *supra*, at para. 55. As an aid to determining whether a distinction has a discriminatory purpose or effect under part (3) of this test, *Law* proposes an investigation of four contextual factors relating to the challenged distinction: (1) pre-existing disadvantage; (2) correspondence between the ground of distinction and the actual needs and circumstances of the affected group; (3) the ameliorative purpose or effect of the impugned measure for a more disadvantaged group; and (4) the nature and scope of the interests affected.

La principale leçon à tirer de l'arrêt *Law* est qu'il faut procéder à un examen contextuel afin d'établir si une distinction entre en conflit avec l'objet du par. 15(1). Mes collègues et moi nous entendons pour dire que la question à trancher est celle de savoir « si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité » compte tenu des traits, de l'histoire et de la situation de la personne ou du groupe en cause : *Law*, par. 60, suivi dans *Lovelace*, précité, par. 55. Pour nous aider à déterminer si une distinction possède un objet ou un effet discriminatoire à la troisième étape d'application de ce test, l'arrêt *Law* nous propose d'examiner quatre facteurs contextuels se rapportant à la distinction contestée : (1) l'existence d'un désavantage préexistant; (2) la correspondance entre les motifs de distinction et les besoins et la situation véritables du groupe touché; (3) l'objectif ou l'effet d'amélioration de la mesure contestée pour un groupe plus défavorisé; (4) la nature et l'étendue du droit touché.

2002 SCC 84 (CanLII)

2002 SCC 84 (CanLII)

Both the purpose of the scheme and its effect must be considered in making this evaluation. I agree with Bastarache J. that the effects of the scheme are critical. However, under *Law*, the context of a given legislative scheme also includes its purpose. Simply put, it makes sense to consider what the legislator intended in determining whether the scheme denies human dignity. Intent, like the other contextual factors, is not determinative. Our case law has established that even a well-intentioned or facially neutral scheme can have the effect of discriminating: *BCGSEU*, *supra*. The scheme here is not facially neutral: we are dealing with an explicit distinction. The purpose of the distinction, in the context of the overall legislative scheme, is a factor that a reasonable person in the position of the complainant would take into account in determining whether the legislator was treating him or her as less worthy and less deserving of concern, respect and consideration than others.

26 Dans le cadre de cette évaluation, il faut examiner à la fois l'objet du régime et son effet. Je souscris à l'opinion du juge Bastarache que les effets du régime sont d'une importance primordiale. Cependant, en application de l'arrêt *Law*, le contexte d'un régime législatif donné inclut également son objet. En termes simples, il est logique d'examiner l'intention du législateur pour déterminer si le régime porte atteinte à la dignité humaine. À l'instar des autres facteurs contextuels, l'intention ne constitue pas un facteur déterminant. Notre jurisprudence a établi que même un régime établi dans une intention louable ou neutre à première vue peut avoir un effet discriminatoire : *BCGSEU*, précité. Le régime en cause en l'espèce n'est pas neutre à première vue : il établit une distinction explicite. Dans le contexte de l'ensemble du régime législatif, l'objet de la distinction constitue un facteur dont une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse tiendrait compte pour déterminer si le législateur la traite comme une personne de moindre valeur ou moins digne d'intérêt, de respect et de considération que d'autres.

I emphasize that a beneficent purpose will not shield an otherwise discriminatory distinction from judicial scrutiny under s. 15(1). Legislative purpose is relevant only insofar as it relates to whether or not a reasonable person in the claimant's position would feel that a challenged distinction harmed her dignity. As a matter of common sense, if a law is designed to promote the claimant's long-term autonomy and self-sufficiency, a reasonable person in the claimant's position would be less likely to view it as an assault on her inherent human dignity. This does not mean that one must uncritically accept the legislature's stated purpose at face value: a reasonable person in the claimant's position would not accept the exclusion of women from the workplace based merely on the legislature's assertion that this is for women's "own good". However, where the legislature is responding to certain concerns, and where those concerns appear to be well founded, it is legitimate to consider the legislature's purpose as part of the overall contextual evaluation of a challenged distinction from the claimant's perspective, as called for in *Law*. This is reflected in the questions Iacobucci J. asked in *Law*: "Do the impugned

27 J'insiste sur le fait qu'un but salutaire ne soustraira pas une distinction par ailleurs discriminatoire à un examen judiciaire au regard du par. 15(1). L'objet d'une mesure législative n'est pertinent que dans la mesure où il se rapporte à la question de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse serait d'avis qu'une distinction contestée a porté atteinte à sa dignité. Logiquement, si un texte législatif est conçu pour promouvoir l'autonomie et l'indépendance à long terme de la demanderesse, une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aura moins tendance à le considérer attentatoire à sa dignité humaine inhérente. Cela ne signifie pas que l'on doive accepter à première vue, sans le moindre esprit critique, l'objet déclaré par le législateur : une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse n'accepterait pas l'exclusion des femmes du marché du travail si le législateur affirmait simplement qu'il prend cette mesure pour leur [TRADUCTION] « propre bien ». Cependant, lorsque le législateur répond ainsi à certaines préoccupations et que ces préoccupations semblent bien fondées, il est

CPP provisions, in purpose or effect, violate essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice?"; "Does the law, in purpose or effect, perpetuate the view that people under 45 are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society?" (para. 99 (emphasis added)).

légitime d'examiner le but qu'il vise en procédant à l'évaluation contextuelle globale de la distinction contestée dans la perspective de la demanderesse, comme l'exige l'arrêt *Law*. Ce point de vue ressort des questions posées par le juge Iacobucci dans *Law* : « Les dispositions contestées du RPC ont-elles pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux? »; « L'objet et l'effet de la loi perpétuent-ils l'opinion que les gens âgés de moins de 45 ans sont moins capables, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne? » (par. 99 (je souligne)).

2. Applying the Test

2. Application du test

28 The Regulation at issue made a distinction on the basis of an enumerated ground, age. People under 30 were subject to a different welfare regime than people 30 and over. The question is whether this distinction in purpose or effect resulted in substantive inequality contrary to s. 15(1)'s purpose of ensuring that governments treat all individuals as equally worthy of concern, respect, and consideration. More precisely, the question is whether a reasonable person in Ms. Gosselin's position would, having regard to all the circumstances and the context of the legislation, conclude that the Regulation in purpose or effect treated welfare recipients under 30 as less worthy of respect than those 30 and over, marginalizing them on the basis of their youth.

Le Règlement en litige établissait une distinction fondée sur un motif énuméré, en l'occurrence l'âge. Les personnes de moins de 30 ans étaient assujetties à un régime d'aide sociale différent de celui applicable aux 30 ans et plus. Il faut déterminer si l'objet ou l'effet de cette distinction créait une inégalité réelle à l'encontre de l'objet du par. 15(1), qui consiste à garantir que les gouvernements traitent toutes les personnes comme dignes du même intérêt, du même respect et de la même considération. Plus précisément, la question est de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation de Mme Gosselin conclurait, compte tenu de l'ensemble des circonstances et du contexte de la mesure législative, que le Règlement, de par son objet ou son effet, traitait les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comme s'ils étaient moins dignes de respect que ceux de 30 ans et plus, en les marginalisant sur le fondement de leur jeunesse.

29 To answer this question, we must consider the four factors set out in *Law*. None of these factors is a prerequisite for finding discrimination, and not all factors will apply in every case. The list of factors is neither absolute nor exhaustive. In addition, the factors may overlap, since they are all designed to illuminate the relevant contextual considerations surrounding a challenged distinction. Nonetheless, the four factors provide a useful

Pour répondre à cette question, nous devons examiner les quatre facteurs énoncés dans *Law*. Aucun de ces facteurs ne constitue un préalable à une conclusion de discrimination, et ils ne s'appliquent pas tous dans chaque cas. Cette liste de facteurs n'est ni absolue ni exhaustive. En outre, il peut exister un chevauchement entre les facteurs puisqu'ils sont tous conçus pour éclaircir les considérations contextuelles pertinentes entourant une distinction

2002 SCC 84 (CanLII)

guide to evaluating an allegation of discrimination, and I will examine each of them in turn.

(a) *Pre-existing Disadvantage*

A key marker of discrimination and denial of human dignity under s. 15(1) is whether the affected individual or group has suffered from "pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice": *Law*, at para. 63. Historic patterns of discrimination against people in a group often indicate the presence of stereotypical or prejudicial views that have marginalized its members and prevented them from participating fully in society. This, in turn, raises the strong possibility that current differential treatment of the group may be motivated by or may perpetuate the same discriminatory views. The contextual factor of pre-existing disadvantage invites us to scrutinize group-based distinctions carefully to ensure that they are not based, either intentionally or unconsciously, on these kinds of unfounded generalizations and stereotypes.

Many of the enumerated grounds correspond to historically disadvantaged groups. For example, it is clear that members of particular racial or religious groups should not be excluded from receiving public benefits on account of their race or religion. However, unlike race, religion, or gender, age is not strongly associated with discrimination and arbitrary denial of privilege. This does not mean that examples of age discrimination do not exist. But age-based distinctions are a common and necessary way of ordering our society. They do not automatically evoke a context of pre-existing disadvantage suggesting discrimination and marginalization under this first contextual factor, in the way that other enumerated or analogous grounds might.

contestée. Néanmoins, ces quatre facteurs offrent un guide utile pour l'évaluation d'une allégation de discrimination, et je les examinerai maintenant à tour de rôle.

a) *Un désavantage préexistant*

30 Un indicateur clé de discrimination et de négation de la dignité humaine fondamentale au sens du par. 15(1) est la question de savoir si la personne ou le groupe en cause est victime de la « préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés » : *Law*, par. 63. Des antécédents de discrimination contre les personnes appartenant à un groupe révèlent souvent la présence de stéréotypes ou de préjugés qui ont marginalisé les membres de ce groupe et les ont empêchés de participer pleinement à la société. Cette constatation soulève, à son tour, la forte possibilité que le traitement différent maintenant appliqué à ce groupe puisse être motivé par ces mêmes opinions discriminatoires ou les perpétue. Le facteur contextuel du désavantage préexistant nous invite à examiner soigneusement les distinctions fondées sur des caractéristiques de groupe pour nous assurer qu'elles ne reposent pas, intentionnellement ou inconsciemment, sur ces types de généralisations et de stéréotypes dénués de fondement.

31 Bon nombre des motifs énumérés correspondent à des groupes historiquement défavorisés. Par exemple, il est évident que les membres de groupes raciaux ou religieux particuliers ne devraient pas, en raison de leur race ou de leur religion, être inadmissibles à bénéficier des avantages d'un régime public. Cependant, contrairement à la race, à la religion ou au sexe, l'âge n'est pas fortement associé à la discrimination et à la dénégation arbitraire de privilèges. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'existe pas de cas de discrimination fondée sur l'âge. Cependant, les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société. Elles n'évoquent pas automatiquement le contexte d'un désavantage préexistant qui donne à croire à l'existence d'une discrimination et d'une marginalisation selon ce premier facteur contextuel, comme pourraient le faire d'autres motifs énumérés ou analogues.

2002 SCC 84 (CanLII)

32 To expand on the earlier example, a sign on a courthouse door proclaiming "Men Only" evokes an entire history of discrimination against a historically disadvantaged class; a sign on a barroom door that reads "No Minors" fails to similarly offend. The fact that "[e]ach individual of any age has personally experienced all earlier ages and expects to experience the later ages" (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 52-54) operates against the arbitrary marginalization of people in a particular age group. Again, this does not mean that age is a "lesser" ground for s. 15 purposes. However, pre-existing disadvantage and historic patterns of discrimination against a particular group do form part of the contextual evaluation of whether a distinction is discriminatory, as called for in *Law*. Concerns about age-based discrimination typically relate to discrimination against people of advanced age who are presumed to lack abilities that they may in fact possess. Young people do not have a similar history of being undervalued. This is by no means dispositive of the discrimination issue, but it may be relevant, as it was in *Law*.

Si l'on étoffe l'exemple donné précédemment, une affiche indiquant « Hommes seulement » fixée sur les portes d'un palais de justice évoquerait de longs antécédents de discrimination contre une catégorie de personnes historiquement désavantagée; une affiche indiquant « Interdit aux mineurs » fixée à la porte d'un bar ne choquerait pas autant. Comme l'indique P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 52-54, le fait que [TRADUCTION] « [t]oute personne a vécu les expériences propres à chacune des étapes de la vie qu'elle a traversées jusque-là et compte bien vivre celles qui l'attendent à mesure qu'elle vieillira » joue contre la marginalisation arbitraire des personnes d'un groupe d'âge donné. Encore une fois, cela ne signifie pas que l'âge est un motif « de moindre importance » pour l'application de l'art. 15. Cependant, l'examen du désavantage préexistant et des tendances historiques à la discrimination contre un groupe particulier fait partie de l'évaluation contextuelle à laquelle il faut procéder pour déterminer si une distinction est discriminatoire, comme l'exige l'arrêt *Law*. Les préoccupations quant à la discrimination fondée sur l'âge sont généralement liées à la discrimination contre des personnes d'âge avancé que l'on présume dépourvues de certaines aptitudes qu'elles possèdent en réalité. Les jeunes adultes n'ont pas été sous-estimés de la même manière par le passé. Cette constatation ne tranche pas la question de l'existence d'une discrimination, mais elle peut être pertinente, comme c'était le cas dans l'affaire *Law*.

33 Both as a general matter, and based on the evidence and our understanding of society, young adults as a class simply do not seem especially vulnerable or undervalued. There is no reason to believe that individuals between ages 18 and 30 in Quebec are or were particularly susceptible to negative preconceptions. No evidence was adduced to this effect, and I am unable to take judicial notice of such a counter-intuitive proposition. Indeed, the opposite conclusion seems more plausible, particularly as the programs participation component of the social assistance scheme was premised on a view of the greater long-term employability of under-30s, as compared to their older counterparts. Neither the nature of the distinction at issue nor the evidence

En règle générale, mais aussi selon la preuve et notre conception de la société, il ne semble pas vraiment que, en tant que groupe, les jeunes adultes soient particulièrement vulnérables ou sous-estimés. Il n'y a aucune raison de penser que les personnes âgées de 18 à 30 ans au Québec sont ou étaient particulièrement vulnérables aux préjugés négatifs. Aucune preuve en ce sens n'a été présentée, et je suis incapable de prendre connaissance d'office d'une telle proposition contraire au sens commun. De fait, la conclusion inverse semble plus plausible, tout particulièrement du fait que l'élément de participation aux programmes du régime d'aide sociale reposait sur la perception de la meilleure employabilité à long terme des personnes de moins de 30

2002 SCC 84 (CanLII)

suggests that the affected group of young adults constitutes a group that historically has suffered disadvantage, or that is at a particular risk of experiencing adverse differential treatment based on the attribution of presumed negative characteristics: see *Lovelace*, *supra*, at para. 69.

With regard to this contextual factor, Ms. Gosselin is in the same position as Mrs. Law. In *Law*, Iacobucci J. stated (at para. 95):

> Relatively speaking, adults under the age of 45 have not been consistently and routinely subjected to the sorts of discrimination faced by some of Canada's discrete and insular minorities. For this reason, it will be more difficult as a practical matter for this Court to reason, from facts of which the Court may appropriately take judicial notice, that the legislative distinction at issue violates the human dignity of the appellant.

If anything, people under 30 appear to be advantaged over older people in finding employment. As Iacobucci J. also stated in *Law*, with respect to adults under 45 (at para. 101):

> It seems to me that the increasing difficulty with which one can find and maintain employment as one grows older is a matter of which a court may appropriately take judicial notice. Indeed, this Court has often recognized age as a factor in the context of labor force attachment and detachment. For example, writing for the majority in *McKinney*, [[1990] 3 S.C.R. 229], LaForest J. stated as follows, at p. 299:
>
> > Barring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills.

Iacobucci J. went on to note that "[s]imilar thoughts were expressed in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at pp. 998-99, *per* Iacobucci J., and at pp. 1008-9, *per* McLachlin J., [. . . and] *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 881-83, *per* McLachlin J."

ans par rapport à leurs aînés. Ni la nature de la distinction en litige ni la preuve ne tendent à indiquer que le groupe de jeunes adultes touché constitue un groupe historiquement défavorisé, ou qu'il risque particulièrement d'être victime d'une différence de traitement préjudiciable fondée sur l'attribution de prétendues caractéristiques négatives : voir l'arrêt *Lovelace*, précité, par. 69.

34 En ce qui concerne ce facteur contextuel, Mme Gosselin se trouve dans la même situation que Mme Law. Dans *Law*, le juge Iacobucci a fait les remarques suivantes (au par. 95) :

> Relativement parlant, les adultes de moins de 45 ans n'ont pas continuellement subi le genre de discrimination à laquelle ont fait face certaines minorités distinctes et isolées du Canada. Par conséquent, notre Cour aura plus de difficultés à conclure en pratique, à partir des faits dont elle peut à bon droit prendre connaissance d'office, que la distinction législative en cause viole la dignité humaine de l'appelante.

Les personnes de moins de 30 ans sembleraient plutôt avantagées par rapport aux plus âgées dans la recherche d'un emploi. Pour reprendre les propos du juge Iacobucci concernant les adultes de moins de 45 ans, dans *Law*, par. 101 :

> Il me semble qu'un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi. En fait, notre Cour a souvent reconnu que l'âge était un facteur à considérer dans le contexte de la participation au marché du travail et du retrait de ce dernier. Par exemple, le juge La Forest a affirmé, au nom de la Cour à la majorité dans *McKinney*, [[1990] 3 R.C.S. 229], à la p. 299 :
>
> > À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes.

Le juge Iacobucci a ensuite fait remarquer que « [d]es idées semblables ont été exprimées dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, aux p. 998 et 999, le juge Iacobucci, et aux pp. 1008 et 1009, le juge McLachlin, [. . . et] *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, aux pp. 881 à 883, le juge McLachlin. »

2002 SCC 84 (CanLII)

35 Given the lack of pre-existing disadvantage experienced by young adults, Ms. Gosselin attempts to shift the focus from age to welfare, arguing that all welfare recipients suffer from stereotyping and vulnerability. However, this argument does not assist her claim. The ground of discrimination upon which she founds her claim is age. The question with respect to this contextual factor is therefore whether the targeted age-group, comprising young adults aged 18 to 30, has suffered from historic disadvantage as a result of stereotyping on the basis of age. Re-defining the group as welfare recipients aged 18 to 30 does not help us answer that question, in particular because the 30-and-over group that Ms. Gosselin asks us to use as a basis of comparison also consists entirely of welfare recipients.

Les jeunes adultes n'étant pas victimes d'un désavantage préexistant, Mme Gosselin tente de faire de l'aide sociale et non de l'âge l'aspect central de l'analyse, soutenant que tous les bénéficiaires d'aide sociale sont victimes de stéréotypes et se trouvent dans une situation de vulnérabilité. Toutefois, cet argument n'appuie aucunement ses prétentions. Le motif de discrimination sur lequel elle fonde son action est l'âge. La question qu'il faut trancher au regard de ce facteur contextuel consiste donc à déterminer si le groupe d'âge ciblé, soit les jeunes adultes de 18 à 30 ans, a subi historiquement un désavantage en raison d'un stéréotype fondé sur l'âge. Redéfinir le groupe comme se composant des bénéficiaires d'aide sociale âgés de 18 à 30 ans ne nous aide pas à répondre à cette question, tout particulièrement parce que le groupe des 30 ans et plus que Mme Gosselin nous demande de considérer comme point de comparaison est lui aussi composé entièrement de bénéficiaires d'aide sociale.

36 I conclude that the appellant has not established that people aged 18 to 30 have suffered historical disadvantage on the basis of their age. There is nothing to suggest that people in this age group have historically been marginalized and treated as less worthy than older people.

Je conclus que l'appelante n'a pas établi que les personnes âgées de 18 à 30 ans sont désavantagées historiquement en raison de leur âge. Rien n'indique que les personnes incluses dans ce groupe d'âge ont été typiquement marginalisées et traitées comme des personnes de moindre valeur que leurs aînés.

(b) *Relationship Between Grounds and the Claimant Group's Characteristics or Circumstances*

b) *Le rapport entre les motifs de discrimination et la situation ou les caractéristiques du groupe auquel appartient la demanderesse*

37 The second contextual factor we must consider in determining whether the distinction is discriminatory in the sense of denying human dignity and equal worth is the relationship between the ground of distinction (age) and the actual characteristics and circumstances of the claimant's group: *Law*, at para. 70. A law that is closely tailored to the reality of the affected group is unlikely to discriminate within the meaning of s. 15(1). By contrast, a law that imposes restrictions or denies benefits on account of presumed or unjustly attributed characteristics is likely to deny essential human worth and to be discriminatory. Both purpose and effect are relevant here, insofar as they would affect the perception of a

Le rapport entre, d'une part, le motif de distinction (l'âge) et, d'autre part, la situation et les caractéristiques véritables du groupe auquel appartient la demanderesse est le deuxième facteur contextuel que nous devons examiner pour déterminer si la distinction est discriminatoire, en ce sens qu'elle porte atteinte à la dignité et à la valeur égale de tout être humain : *Law*, par. 70. Une mesure législative adaptée spécifiquement à la réalité du groupe concerné risque peu d'être discriminatoire au sens du par. 15(1). À l'opposé, une mesure qui impose des restrictions ou refuse des avantages sur le fondement de caractéristiques présumées ou attribuées à tort risque de porter atteinte à la valeur humaine

2002 SCC 84 (CanLII)

reasonable person in the claimant's position: see *Law*, at para. 96.

essentielle des personnes visées et d'être discriminatoire. Tant l'objet que l'effet de la mesure législative sont pertinents, dans la mesure où ils influent sur la perception d'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse : voir l'arrêt *Law*, par. 96.

38 I turn first to purpose in order to evaluate whether or not the rationale for the challenged distinction corresponded to the actual circumstances of under-30s subject to differential welfare scheme. The evidence indicates that the purpose of the challenged distinction, far from being stereotypical or arbitrary, corresponded to the actual needs and circumstances of individuals under 30. In the late 1960s and early 1970s, the unemployment rate among young Quebecers was relatively low, as jobs were readily available. However, circumstances changed dramatically in the course of the ensuing years. First, North America experienced a deep recession in the early 1980s, which hit Quebec hard and drove unemployment from a traditional rate hovering around 8 percent to a peak of 14.4 percent of the active population in 1982, and among the young from 6 percent (1966) to 23 percent. At the same time, the federal government tightened eligibility requirements for federal unemployment insurance benefits, and the number of young people entering the job market for the first time surged. These three events caused an unprecedented increase in the number of people capable of working who nevertheless ended up on the welfare rolls.

J'examinerai tout d'abord l'objet de la distinction contestée afin d'évaluer si sa justification correspondait à la situation véritable des moins de 30 ans assujettis au régime d'aide sociale établissant un traitement différent. La preuve démontre que, loin d'être stéréotypé ou arbitraire, l'objet de la distinction contestée correspondait aux besoins et à la situation véritables des personnes de moins de 30 ans. Vers la fin des années 60 et au début des années 70, le taux de chômage chez les jeunes Québécois était relativement faible, car les emplois étaient facilement accessibles. Toutefois, la situation a changé radicalement au cours des années qui ont suivi. Premièrement, au début des années 80, l'Amérique du Nord a connu une profonde récession, qui a frappé durement le Québec et y a fait grimper le taux de chômage, qui était traditionnellement d'environ 8 p. 100, à un sommet de 14,4 p. 100 de la population active en 1982; chez les jeunes, ce taux est alors passé de 6 p. 100 (en 1966) à 23 p. 100. À la même époque, le gouvernement fédéral a resserré les conditions d'admissibilité aux prestations fédérales d'assurance-chômage et le nombre de jeunes intégrant le marché du travail pour la première fois a fortement augmenté. Ces trois éléments ont provoqué un accroissement sans précédent du nombre de personnes aptes au travail qui ont néanmoins joint les rangs des prestataires d'aide sociale.

39 The situation of young adults was particularly dire. The unemployment rate among young adults was far higher than among the general population. People under 30, capable of working and without any dependants, made up a greater proportion of welfare recipients than ever before. Moreover, this group accounted for the largest — and steadily growing — proportion of new entrants into the welfare system: by 1983 fully two-thirds of new welfare recipients were under 30, and half were under the age of 23. In addition to coming onto the welfare rolls in ever greater numbers, younger individuals

La situation des jeunes adultes était particulièrement difficile. Leur taux de chômage était beaucoup plus élevé que celui de l'ensemble de la population. Les personnes de moins de 30 ans aptes au travail et sans personne à charge comptaient pour une proportion plus élevée des bénéficiaires d'aide sociale que jamais auparavant. En outre, ce groupe formait la proportion la plus importante — et sans cesse croissante — de nouveaux bénéficiaires d'aide sociale : en 1983, les deux tiers des nouveaux bénéficiaires d'aide sociale avaient moins de 30 ans et la moitié avaient moins de 23 ans. En plus de joindre les rangs

2002 SCC 84 (CanLII)

did so for increasingly lengthy periods of time. In 1975, 60 percent of welfare recipients under 30 not incapable of working left the welfare rolls within six months. By 1983, only 30 percent did so.

des prestataires d'aide sociale en nombre de plus en plus grand, les jeunes bénéficiaires recevaient de l'aide sociale pendant des périodes de plus en plus longues. Alors qu'en 1975, 60 p. 100 des bénéficiaires de moins de 30 ans aptes au travail cessaient de toucher des prestations d'aide sociale dans un délai de six mois, en 1983, ce pourcentage avait chuté à seulement 30 p. 100.

40 Behind these statistics lay a complex picture. The "new economy" emerging in the 1980s offered diminishing prospects for unskilled or under-educated workers. At the same time, a disturbing trend persisted of young Quebecers dropping out of school and trying to join the workforce. The majority of unemployed youths in the early 1980s were school drop-outs. Unemployed youths were, on average, significantly less educated than the general population, and the unemployment rate among young people with fewer than eight years of education stood at 40 percent to 60 percent. Lack of skills and basic education were among the chief causes of youth unemployment.

Derrière ces statistiques se profilait un tableau complexe. La « nouvelle économie » qui a vu le jour dans les années 80 offrait de moins en moins de possibilités pour les travailleurs non qualifiés ou peu instruits. Parallèlement, on continuait d'observer chez les jeunes Québécois une tendance troublante à abandonner l'école et à tenter d'entrer sur le marché du travail. Au début des années 80, la majorité des jeunes chômeurs étaient des décrocheurs. Les jeunes chômeurs avaient en moyenne un niveau de scolarité sensiblement moins élevé que celui de l'ensemble de la population et le taux de chômage chez les jeunes comptant moins de huit années de scolarité oscillait entre 40 et 60 p. 100. Le manque de compétences et de formation de base figurait parmi les principales causes du chômage chez les jeunes.

41 The government's short-term purpose in the scheme at issue was to get recipients under 30 into work and training programs that would make up for the lower base amount they received while teaching them valuable skills. The differential regime of welfare payments was tailored to help the burgeoning ranks of unemployed youths obtain the skills and basic education they needed to get permanent jobs. The mechanism was straightforward. In order to increase their welfare benefits, people under 30 would be required to participate in On-the-job Training, Community Work or Remedial Education Programs. Participating in the training and community service programs would bring welfare benefits up to the basic level payable to the 30-and-over group, and in the education program to about $100 less.

À court terme, l'objectif que visait le gouvernement en instaurant le régime contesté était de faire participer les bénéficiaires de moins de 30 ans à des programmes de travail et de formation qui compléteraient l'allocation de base inférieure qu'ils recevaient, tout en leur faisant acquérir des compétences utiles. Le régime établissant des niveaux de prestations d'aide sociale différents a été conçu pour aider le nombre sans cesse croissant de jeunes chômeurs à acquérir les compétences et la formation de base dont ils avaient besoin pour trouver des emplois permanents. Il implantait un mécanisme simple. Pour obtenir une majoration de leurs prestations d'aide sociale, les bénéficiaires de moins de 30 ans devaient participer aux programmes Stages en milieu de travail, Travaux communautaires ou Rattrapage scolaire. Lorsqu'ils participaient à l'un ou l'autre des deux premiers programmes, les bénéficiaires de moins de 30 ans recevaient des prestations égales aux prestations de base versées aux bénéficiaires de 30 ans et plus, alors qu'en participant au troisième ils recevaient une somme inférieure d'environ 100 $ à ces prestations de base.

2002 SCC 84 (CanLII)

The government's longer-term purpose was to provide young welfare recipients with precisely the kind of remedial education and skills training they lacked and needed in order eventually to integrate into the workforce and become self-sufficient. This policy reflects the practical wisdom of the old Chinese proverb: "Give a man a fish and you feed him for a day. Teach him how to fish and you feed him for a lifetime." This was not a denial of young people's dignity; it was an affirmation of their potential.

42 À plus long terme, le gouvernement visait à offrir aux jeunes bénéficiaires précisément les cours de rattrapage et les compétences qui leur manquaient et dont ils avaient besoin pour réussir à s'intégrer dans la population active et à devenir autonomes. Cette politique traduit la sagesse pratique du vieux proverbe chinois qui dit : « Donne un poisson à un homme, il aura à manger pour un jour; apprends-lui à pêcher, il pourra se nourrir toute sa vie. » Cette mesure ne constituait pas une négation de la dignité des jeunes adultes, mais bien au contraire la reconnaissance de leur potentiel.

Simply handing over a bigger welfare cheque would have done nothing to help welfare recipients under 30 escape from unemployment and its potentially devastating social and psychological consequences above and beyond the short-term loss of income. Moreover, opposition to the incentive program entirely overlooks the cost to young people of being on welfare during the formative years of their working lives. For young people without significant educational qualifications, skills, or experience, entering into the labour market presents considerable difficulties. A young person who relies on welfare during this crucial initial period is denied those formative experiences which, for those who successfully undertake the transition into the productive workforce, lay the foundation for economic self-sufficiency and autonomy, not to mention self-esteem. The longer a young person stays on welfare, the more difficult it becomes to integrate into the workforce at a later time. In this way, reliance on welfare can contribute to a vicious circle of inability to find work, despair, and increasingly dismal prospects.

43 Le simple fait de verser un chèque plus élevé aux jeunes bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans ne les aurait nullement aidés à échapper au chômage et à ses conséquences sociales et psychologiques potentiellement dévastatrices, au-delà de la seule perte temporaire de revenus. Qui plus est, la critique visant le régime d'encouragement ne tient absolument aucun compte du coût qu'entraîne pour les jeunes adultes le recours à l'aide sociale pendant les années où ils amorcent leur vie professionnelle. Il est très difficile pour un jeune peu instruit et ne possédant pas de compétences ou d'expérience significatives d'entrer sur le marché du travail. Les jeunes qui ont recours à l'aide sociale au cours de cette période cruciale sont privés des expériences formatrices sur lesquelles ceux qui parviennent à joindre les rangs de la population active bâtissent leur indépendance et leur autonomie financière, sans oublier leur estime de soi. Plus longtemps un jeune a recours à l'aide sociale, plus il aura de la difficulté à s'intégrer un jour dans la population active. En ce sens, le fait de dépendre de l'aide sociale peut contribuer à créer le cercle vicieux de l'incapacité à trouver du travail, du désespoir et des perspectives de plus en plus sombres.

Instead of turning a blind eye to these problems, the government sought to tackle them at their roots, designing social assistance measures that might help welfare recipients achieve long-term autonomy. Because federal rules in effect at the time prohibited making participation in the programs mandatory, the province's only real leverage in promoting these programs lay in making participation a prerequisite for increases in welfare. Even if one does not agree

44 Au lieu de fermer les yeux sur ces problèmes, le gouvernement a voulu s'attaquer à leurs causes, en concevant des mesures d'aide sociale susceptibles d'aider les bénéficiaires d'aide sociale à devenir autonomes à long terme. Parce que les règles fédérales en vigueur à l'époque interdisaient d'imposer la participation aux programmes, le seul véritable moyen dont la province disposait pour promouvoir ces programmes était de faire de la participation un

2002 SCC 84 (CanLII)

with the reasoning of the legislature or with its priorities, one cannot argue based on this record that the legislature's purpose lacked sufficient foundation in reality and common sense to fall within the bounds of permissible discretion in establishing and fine-tuning a complex social assistance scheme. Logic and common sense support the legislature's decision to structure its social assistance programs to give young people, who have a greater potential for long-term insertion into the workforce than older people, the incentive to participate in programs specifically designed to provide them with training and experience. As indicated above, the government's purpose is a relevant contextual factor in the s. 15(1) analysis insofar as it relates to how a reasonable person in the claimant's circumstances would have perceived the incentive-based welfare regime. In this case, far from ignoring the actual circumstances of under-30s, the scheme at issue was designed to address their needs and abilities. A reasonable person in the claimant's circumstances would have taken this into account.

préalable à la majoration des prestations. Même si on ne souscrit pas au raisonnement du législateur ou à ses priorités, on ne saurait affirmer, compte tenu de ces éléments, que les mesures prises par le législateur n'étaient pas suffisamment ancrées dans la réalité et le sens commun pour être considérées comme relevant de l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire d'établir un régime complexe d'aide sociale et de l'ajuster dans ses moindres détails. La logique et le sens commun appuient la décision du législateur de structurer ses programmes d'aide sociale de façon à inciter les jeunes adultes — qui ont un plus grand potentiel d'intégration à long terme dans la population active que leurs aînés — à participer à des programmes spécialement conçus pour leur permettre d'acquérir formation et expérience. Comme je l'ai indiqué plus tôt, l'objectif du gouvernement est un facteur contextuel pertinent pour l'application du par. 15(1), quant à la perception qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait eu du régime d'aide sociale fondé sur des mesures d'encouragement. En l'espèce, loin d'ignorer la situation réelle des personnes de moins de 30 ans, le régime en cause était conçu pour répondre à leurs besoins et à leurs capacités. Une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait pris cet élément en considération.

45 Turning to effect, Ms. Gosselin argues that the regime set up under the Regulation in fact failed to address the needs and circumstances of welfare recipients under 30 because the ability to "top up" the basic entitlement by participating in programs was more theoretical than real. She argues that, notwithstanding the legislature's intentions, the practical consequence of the Regulation was to abandon young welfare recipients, leaving them to survive on a grossly inadequate sum of money. In this way the program did not correspond to their actual needs, she argues, and amounted to discriminatory marginalization of the affected group.

Pour ce qui est de l'effet du régime, Mme Gosselin plaide que le régime établi par le Règlement ne répondait pas véritablement aux besoins et à la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, parce que la possibilité qu'ils avaient de « compléter » leurs prestations de base en participant aux programmes était plus théorique que réelle. Elle avance que, malgré les intentions du législateur, le Règlement avait comme conséquence concrète d'abandonner les jeunes bénéficiaires d'aide sociale à leur sort en les obligeant à survivre à l'aide de prestations nettement insuffisantes. Pour cette raison, le régime ne correspondait pas à leurs besoins véritables, soutient-elle, et il équivalait à une marginalisation discriminatoire du groupe touché.

46 The main difficulty with this argument is that the trial judge, after a lengthy trial and careful scrutiny of the record, found that Ms. Gosselin had failed to

La principale difficulté liée à cet argument tient au fait que le juge de première instance, après un long procès et un examen minutieux du dossier, a

2002 SCC 84 (CanLII)

establish actual adverse effect. Reeves J. cautioned against generalizing from Ms. Gosselin's experience, and against over-reliance on opinion statements by experts in this regard, given the absence of any evidence to support the experts' claims about the material situation of individuals in the under-30 age group. He concluded: [TRANSLATION] "It is therefore highly doubtful that the representative plaintiff, acting on behalf of some 75 000 individuals, has discharged her burden of proof concerning whether the law had adverse effects on them" (p. 1664).

conclu que Mme Gosselin n'avait pas établi l'existence d'un véritable effet préjudiciable. Le juge Reeves a fait une mise en garde contre toute généralisation à partir de la situation de Mme Gosselin et l'attribution d'une trop grande importance aux témoignages d'opinion des experts à ce sujet, vu l'absence d'éléments de preuve étayant ces opinions concernant la situation matérielle des personnes de moins de 30 ans. Il a tiré la conclusion suivante : « Il est donc fort douteux que la demanderesse représentante, agissant pour le compte de quelque 75 000 individus, ait déchargé le fardeau de la preuve quant à savoir si l'application de la loi a produit à leur égard des effets défavorables » (p. 1664).

2002 SCC 84 (CanLII)

47

I can find no basis upon which this Court can set aside this finding. There is no indication in the record that any welfare recipient under 30 wanting to participate in one of the programs was refused enrollment. Louise Gosselin, who in fact participated in each of the three programs, was the only witness to provide first-hand testimony about the programs at trial. There is no evidence that anyone who tried to access the programs was turned away, or that the programs were designed in such a way as to systematically exclude under-30s from participating. In fact, these programs were initially available only to people under 30 (and, in the case of the Remedial Education Program, to heads of single-parent households 30 and over); they were opened up to all welfare recipients in 1989. As the trial judge emphasized, the record contains no first-hand evidence supporting Ms. Gosselin's claim about the difficulties with the programs, and no indication that Ms. Gosselin can be considered representative of the under-30 class. It is, in my respectful opinion, utterly implausible to ask this Court to find the Quebec government guilty of discrimination under the *Canadian Charter* and order it to pay hundreds of millions of taxpayer dollars to tens of thousands of unidentified people, based on the testimony of a single affected individual. Nor does Ms. Gosselin present sufficient evidence that her own situation was a result of discrimination in violation of s. 15(1). The trial judge did not find evidence indicating a violation, and my

Je ne vois aucune raison sur laquelle la Cour pourrait se fonder pour écarter cette conclusion. Rien, dans le dossier, n'indique qu'un bénéficiaire quelconque de moins de 30 ans qui voulait participer à un des programmes n'aurait pas réussi à s'y inscrire. Au procès, Louise Gosselin — qui a en fait participé à chacun des trois programmes — a été le seul témoin à déposer directement sur son expérience personnelle relativement à ces programmes. Nous ne disposons d'aucun élément de preuve établissant que quelqu'un aurait tenté de participer aux programmes et se serait vu opposer un refus ni que les programmes auraient été conçus de façon à exclure systématiquement les moins de 30 ans. En fait, initialement, ces programmes étaient offerts seulement aux moins de 30 ans (et, dans le cas du programme Rattrapage scolaire, aux chefs de familles monoparentales âgés de 30 ans et plus); c'est en 1989 qu'ils sont devenus accessibles à tous les bénéficiaires d'aide sociale. Le juge de première instance a insisté sur le fait que le dossier ne renferme aucune preuve originale étayant l'allégation de Mme Gosselin quant aux difficultés relatives aux programmes, ni aucun élément démontrant que Mme Gosselin peut être considérée comme représentative du groupe des moins de 30 ans. À mon humble avis, il est franchement irréaliste de demander à la Cour de déclarer le gouvernement du Québec coupable de discrimination en contravention de la *Charte canadienne* et de lui ordonner de payer des centaines de millions de dollars de l'argent des

review of the record does not reveal any error in this regard.

contribuables à des dizaines de milliers de personnes non identifiées, sur le fondement du témoignage d'une seule et unique personne touchée. Madame Gosselin n'a pas non plus présenté une preuve suffisante pour établir que sa propre situation résultait d'une discrimination interdite par le par. 15(1). Le juge de première instance n'a pas trouvé de preuve de l'existence d'une violation et, après avoir examiné le dossier, je ne décèle aucune erreur de sa part à cet égard.

48 It is unnecessary to engage in the exercise of surmising how many program places would have been required had every eligible welfare recipient under 30 chosen to participate. In fact, contrary to her allegation, Ms. Gosselin's own experience clearly establishes that participation was a real possibility. For most of the relevant period, Ms. Gosselin's benefits were increased as a result of program participation. On those occasions when Ms. Gosselin dropped out of programs, the record indicates that this was due to personal problems, which included psychological and substance abuse components, rather than to flaws in the programs themselves. Ms. Gosselin's experience suggests that even individuals with serious problems were capable of supplementing their income under the impugned regime.

Il est inutile de se lancer dans des conjectures quant au nombre de places qui auraient dû être offertes dans les programmes si tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans avaient décidé d'y participer. En fait, l'expérience de Mme Gosselin démontre clairement que, contrairement à ce qu'elle avance, il était vraiment possible de participer aux programmes. Pendant la majeure partie de la période pertinente, Mme Gosselin a touché des prestations majorées parce qu'elle participait à un programme. Le dossier indique que, chaque fois, lorsque Mme Gosselin abandonnait un programme, ce n'était pas en raison des lacunes des programmes mêmes, mais plutôt en raison de problèmes personnels, notamment de problèmes psychologiques et de dépendance à l'alcool et aux drogues. L'expérience vécue par Mme Gosselin laisse croire que même les personnes qui avaient de graves problèmes étaient en mesure de toucher un supplément de revenu en vertu du régime contesté.

49 Ms. Gosselin also objects to the fact that the Remedial Education Program yielded less of an increase in benefits than the other programs, leaving participants in that program with a lower basic entitlement than the older group. However, this seems to amount to little more than an incentive for young individuals to prefer some programs (On-the-job Training or Community Work) over another (Remedial Education). In addition, it is worth noting that the government provided books and other materials to Remedial Education participants free of charge. The decision to structure the programs in this particular fashion may be good or bad policy, but it does not establish a breach of the claimant's essential human dignity,

Madame Gosselin critique aussi le fait que la participation au programme Rattrapage scolaire n'entraînait pas une majoration aussi grande des prestations que les autres programmes, les participants ayant droit à des prestations inférieures au montant de base versé au groupe plus âgé. Cependant, il semble qu'il s'agisse simplement d'une mesure visant à inciter les jeunes à privilégier certains programmes (Stages en milieu de travail et Travaux communautaires) plutôt qu'un autre (Rattrapage scolaire). En outre, il faut signaler que le gouvernement fournissait gratuitement des livres et d'autre matériel aux participants au programme Rattrapage scolaire. La décision de structurer les programmes de cette façon particulière peut s'avérer bonne ou

2002 SCC 84 (CanLII)

or a lack of correlation between the provision and the affected group's actual circumstances.

mauvaise sur le plan des principes, mais elle ne prouve pas l'existence d'une atteinte à la dignité humaine essentielle de la demanderesse ni l'absence de corrélation entre la disposition législative et la situation réelle de groupe touché.

50 My colleague Bastarache J. relies on the conclusion of Robert J.A., dissenting, that, based on the expert evidence, there were not enough places available in the programs to meet the needs of all welfare recipients under 30. This evidence was before the trial judge, who rejected it as insufficient and specifically cautioned against over-reliance on the experts' opinions. With respect, I am of the view that it is not open to this Court to revisit the trial judge's conclusion absent demonstrated error. Furthermore, my colleague appears to accept in the course of his s. 7 analysis that Ms. Gosselin's problems cannot be attributed solely to the age-based distinction she challenges under s. 15. He states, "[i]n this case, the threat to the appellant's right to security of the person [i.e., her poverty] was brought upon her by the vagaries of a weak economy, not by the legislature's decision not to accord her more financial assistance or to require her to participate in several programs in order for her to receive more assistance" (para. 217). And again: "[The appellant] has not demonstrated that the legislation, by excluding her, has reduced her security any more than it would have already been, given market conditions" (para. 222); "nor did the underinclusive nature of the Regulation substantially prevent or inhibit the appellant from protecting her own security" (para. 223).

Mon collègue le juge Bastarache se fonde sur la conclusion du juge Robert, dissident, de la Cour d'appel, qui a affirmé que, suivant le témoignage d'expert, il n'existait pas suffisamment de places disponibles dans les programmes pour répondre aux besoins de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Cette preuve a été présentée au juge de première instance qui l'a rejetée parce qu'il l'estimait insuffisante et qui a d'ailleurs fait une mise en garde explicite contre l'attribution d'une trop grande importance aux opinions des experts. En toute déférence, je suis d'avis qu'il n'appartient pas à la Cour de réexaminer la conclusion du juge de première instance en l'absence d'une erreur établie. Par ailleurs, mon collègue semble reconnaître dans le cadre de son analyse fondée sur l'art. 7 que les problèmes de Mme Gosselin ne peuvent être attribués uniquement à la distinction fondée sur l'âge qu'elle conteste en invoquant l'art. 15. Il affirme : « [e]n l'espèce, le risque de violation de son droit à la sécurité de sa personne [c'est-à-dire sa pauvreté] découlait des aléas d'une économie chancelante, et non de la décision du législateur de ne pas lui accorder une aide financière plus élevée ou de l'obliger à participer à plusieurs programmes pour recevoir une aide accrue » (par. 217). Il ajoute que : « [L'appelante] n'a pas démontré que, en l'excluant, le texte de loi a réduit sa sécurité à un niveau inférieur à ce qu'elle était déjà, compte tenu de la situation économique » (par. 222); « le caractère non inclusif du règlement n'a pas empêché concrètement l'appelante de protéger sa propre sécurité » (par. 223).

51 My colleague Bastarache J. also relies on the claim that only a very small percentage of welfare recipients under 30 actually received the base amount allocated to those 30 and over, because the majority of participants tended to opt for the lower-paying Remedial Education Program (Robert J.A. cites a figure of 11.2 percent, apparently from an economist's 1988 report). The first point is, again,

Mon collègue le juge Bastarache se fonde également sur l'allégation que seulement un très faible pourcentage des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans ont touché l'allocation de base accordée aux personnes de 30 ans et plus parce que la majorité des participants avaient tendance à opter pour le programme Rattrapage scolaire, qui générait des prestations moins élevées (le juge Robert

2002 SCC 84 (CanLII)

that the trial judge did not find Ms. Gosselin's statistical and expert evidence convincing, particularly given the absence of first-hand testimony from actual class members. But there are other problems. There is no evidence about why only about one-third of eligible welfare recipients participated in the programs. Nor is there evidence about the actual income of under-30s who did not participate; clearly "aid received" is not necessarily equivalent to "total income".

de la Cour d'appel cite un pourcentage de 11,2 p. 100, apparemment tiré d'un rapport d'économiste datant de 1988). D'abord, encore une fois, le juge de première instance n'a pas trouvé convaincants les éléments de preuve statistique ni les témoignages d'experts présentés par Mme Gosselin, tout particulièrement en l'absence de témoignage original d'autres membres du groupe. Mais d'autres problèmes se posent. Il n'existe aucune preuve expliquant pourquoi environ un tiers seulement des bénéficiaires d'aide sociale admissibles ont participé aux programmes. Il n'existe pas non plus d'éléments de preuve quant au revenu réel des moins de 30 ans qui n'ont pas participé aux programmes; de toute évidence l'« aide reçue » n'équivaut pas nécessairement au « revenu total ».

52 For these reasons, the appellant has not shown that the impugned Regulation effectively excluded her or others like her from the protection against extreme poverty afforded by the social security scheme. Rather, the effect was to cause young people to attend training and education programs as a condition of receiving the full "basic needs" level of social assistance. I do not believe that making payments conditional in this way violated the dignity or human worth of persons under 30 years of age. The condition was not imposed as a result of negative stereotypes. The condition did not effectively consign the appellant or others like her to extreme poverty. Finally, the condition did not force the appellant to do something that demeaned her dignity or human worth.

Pour ces motifs, l'appelante n'a pas démontré que le Règlement contesté l'a effectivement privée — ou a privé ses semblables — de la protection contre la pauvreté extrême offerte par le régime d'aide sociale. Il a plutôt eu pour effet de faire participer les jeunes à des programmes de formation et d'études, leur participation constituant un préalable à l'obtention du niveau d'aide sociale nécessaire pour répondre à tous leurs « besoins essentiels ». Je ne crois pas que le fait d'assujettir ainsi les paiements à une condition porte atteinte à la dignité ou à la valeur humaine des personnes de moins de 30 ans. Cette condition n'a pas été imposée en conséquence de stéréotypes négatifs. Elle n'a pas effectivement confiné l'appelante et ses semblables à la pauvreté extrême. Enfin, cette condition n'a pas obligé l'appelante à accomplir un acte qui aurait porté atteinte à sa dignité ou à sa valeur en tant qu'être humain.

53 The long-term effects of the Regulation are also relevant in considering how a reasonable person in the claimant's position would have viewed the government program. The argument is that it imposed short-term pain. But the government thought that in the long run the program would benefit recipients under 30 by encouraging them to get training and find employment. We do not know whether it did so; the fact that the scheme was subsequently revamped may suggest the contrary. The point is simply this: Ms. Gosselin has not established, on the record before us, that the scheme did not correspond to the

Les effets à long terme du Règlement sont aussi pertinents pour déterminer comment une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait perçu le régime gouvernemental. On avance que ce régime créait une situation pénible à court terme. Cependant, le gouvernement était d'avis que le régime profiterait à long terme aux bénéficiaires de moins de 30 ans en les incitant à obtenir une formation et à trouver du travail. Nous ignorons si le régime a atteint cet objectif, mais les modifications ultérieures apportées au régime pourraient laisser croire le contraire. En termes simples,

2002 SCC 84 (CanLII)

needs and situation of welfare recipients under 30 in the short or the long term, or that a reasonable person in her circumstances would have perceived that the government's efforts to equip her with training rather than simply giving her a monthly stipend denied her human dignity or treated her as less than a "full perso[n]" (Bastarache J., at para. 258).

voici ce qu'il en est : au vu du dossier qui nous a été soumis, Mme Gosselin n'a pas établi que le régime ne correspondait pas aux besoins et à la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, que ce soit à court ou à long terme, ni qu'une personne raisonnable placée dans sa situation aurait eu le sentiment que les efforts déployés par le gouvernement pour lui offrir une formation au lieu d'une simple allocation mensuelle portaient atteinte à sa dignité humaine ou la traitaient avec moins de respect « en tant que citoyen[ne] à part entière » (le juge Bastarache, par. 258).

54 It may well be that some under-30s fell through the cracks of the system and suffered poverty. However, absent concrete evidence, it is difficult to infer from this that the program failed to correspond to the actual needs of under-30s. I find no basis to interfere with the trial judge's conclusion that the record here simply does not support the contention of adverse effect on younger welfare recipients. This makes it difficult to conclude that the effect of the program did not correspond to the actual situation of welfare recipients under 30.

Il se peut que certains bénéficiaires de moins de 30 ans aient été victimes des lacunes du système et aient souffert de pauvreté. Cependant, en l'absence d'une preuve concrète, il est difficile d'en déduire que le régime ne correspondait pas aux besoins réels des moins de 30 ans. À mon avis, il n'existe aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance, qui a affirmé que le dossier en l'espèce n'appuie tout simplement pas la prétention que le régime produisait des effets préjudiciables sur les bénéficiaires plus jeunes. On pourrait donc difficilement conclure que l'effet du régime ne correspondait pas à la véritable situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans.

55 I add two comments. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required to find that a challenged provision does not violate the *Canadian Charter*. The situation of those who, for whatever reason, may have been incapable of participating in the programs attracts sympathy. Yet the inability of a given social program to meet the needs of each and every individual does not permit us to conclude that the program failed to correspond to the actual needs and circumstances of the affected group. As Iacobucci J. noted in *Law*, *supra*, at para. 105, we should not demand "that legislation must always correspond perfectly with social reality in order to comply with s. 15(1) of the *Charter*". Crafting a social assistance plan to meet the needs of young adults is a complex problem, for which there is no perfect solution. No matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might

J'ajouterai deux commentaires. Premièrement, il est possible de conclure qu'une disposition contestée ne viole pas la *Charte canadienne* même en l'absence de correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation du groupe demandeur. On peut éprouver de la sympathie pour les personnes qui, pour une raison ou une autre, n'ont peut-être pas pu participer aux programmes. Cependant, le fait qu'un programme social donné ne réponde pas aux besoins de tous, sans exception, ne nous permet pas de conclure que ce programme ne correspond pas aux besoins et à la situation véritables du groupe concerné. Comme l'a souligné le juge Iacobucci dans *Law*, précité, par. 105, nous ne devrions pas exiger « qu'une loi doi[ve] toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au par. 15(1) de la *Charte* ». L'élaboration d'un régime d'aide sociale destiné à répondre aux besoins des jeunes adultes est un problème complexe, auquel il n'existe pas

2002 SCC 84 (CanLII)

have been preferable. The fact that some people may fall through a program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected, or that distinctions contained in the law amount to discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

de solution parfaite. Quelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu. Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

56 Second, we cannot infer disparity between the purpose and effect of the scheme and the situation of those affected, from the mere failure of the government to prove that the assumptions upon which it proceeded were correct. Bastarache J. argues that the distinction between people under 30 and older people lacks a "rational basis" because it is "[b]ased on the unverifiable presumption that people under 30 had better chances of employment and lower needs" (para. 248). This seems to place on the legislator the duty to verify all its assumptions empirically, even where these assumptions are reasonably grounded in everyday experience and common sense. With respect, this standard is too high. Again, this is primarily a disagreement as to evidence, not as to fundamental approach. The legislator is entitled to proceed on informed general assumptions without running afoul of s. 15, *Law*, at para. 106, provided these assumptions are not based on arbitrary and demeaning stereotypes. The idea that younger people may have an easier time finding employment than older people is not such a stereotype. Indeed, it was relied on in *Law* to justify providing younger widows and widowers with a lesser survivor's benefit.

Deuxièmement, le simple fait que le gouvernement n'ait pas prouvé l'exactitude des hypothèses sur lesquelles il s'est fondé ne permet pas d'inférer qu'il y a disparité entre, d'une part, l'objet et l'effet du régime et, d'autre part, la situation des personnes touchées. Le juge Bastarache avance que la distinction entre les personnes de moins de 30 ans et les personnes plus âgées ne repose pas sur des « raisons logiques », mais « sur l'hypothèse invérifiable selon laquelle les personnes de moins de 30 ans ont des besoins moins grands que leurs aînés et de meilleures chances que ceux-ci de se trouver un emploi » (par. 248). Ce raisonnement semble imposer au législateur l'obligation de vérifier empiriquement toutes ses hypothèses, même lorsqu'elles sont raisonnablement fondées sur le quotidien et le sens commun. En toute déférence, cette norme est trop exigeante. Encore une fois, il s'agit principalement d'un désaccord sur la preuve, et non sur l'approche fondamentale. Le législateur peut légitimement s'appuyer sur des hypothèses générales documentées sans contrevenir à l'art. 15 (voir l'arrêt *Law*, précité, par. 106), à la condition que ces hypothèses ne soient pas fondées sur des stéréotypes arbitraires et dégradants. L'idée qu'il pourrait être plus facile pour les jeunes adultes que pour leurs aînés de trouver du travail ne constitue pas un tel stéréotype. En fait, cette raison a été invoquée dans *Law* pour justifier le versement de prestations de survivant réduites aux veuves et veufs plus jeunes.

57 A final objection is that the selection of 30 years of age as a cut-off failed to correspond to the actual situation of young adults requiring social assistance. However, all age-based legislative distinctions have an element of this literal kind of

Une dernière objection porte que la décision de choisir 30 ans comme âge limite était arbitraire parce qu'elle ne tenait pas compte de la situation véritable des jeunes adultes ayant besoin de l'aide sociale. Toutefois, toutes les distinctions législatives

2002 SCC 84 (CanLII)

"arbitrariness". That does not invalidate them. Provided that the age chosen is reasonably related to the legislative goal, the fact that some might prefer a different age — perhaps 29 for some, 31 for others — does not indicate a lack of sufficient correlation between the distinction and actual needs and circumstances. Here, moreover, there is no evidence that a different cut-off age would have been preferable to the one selected.

fondées sur l'âge possèdent cette « part d'arbitraire », sans que cela les invalide pour autant. Pourvu que l'âge choisi ait un lien raisonnable avec l'objectif législatif, le fait que certaines personnes auraient préféré un âge différent — peut-être 29 ans pour certaines ou encore 31 ans pour d'autres — ne révèle pas une absence de corrélation suffisante entre la distinction, d'une part, et les besoins et la situation véritables, d'autre part. En outre, dans la présente affaire, aucune preuve n'indique qu'un autre âge limite aurait été préférable à celui qui a été choisi.

2002 SCC 84 (CanLII)

58 I conclude that the record in this case does not establish lack of correlation in purpose or effect between the ground of age and the needs and circumstances of welfare recipients under 30 in Quebec.

Je conclus que le dossier en l'espèce n'établit pas l'absence de lien, quant à l'objet ou à l'effet de la distinction, entre le motif de l'âge et les besoins et la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans au Québec.

(c) *The Ameliorative Purpose or Effect of the Impugned Law Upon a More Disadvantaged Person or Group in Society*

c) *L'objectif ou l'effet d'amélioration de la mesure législative à l'égard d'une personne ou d'un groupe plus défavorisé dans la société*

59 A third factor to be considered in determining whether the group-based devaluation of human worth targeted by s. 15 is established, is whether the challenged distinction was designed to improve the situation of a more disadvantaged group. In *Law*, the Court took into account that the lower pensions for younger widows and widowers were linked to higher pensions for needier, less advantaged, widows and widowers: *Law*, at para. 103.

Pour déterminer si l'on a établi, au regard de l'art. 15, l'atteinte à la valeur humaine sur le fondement de caractéristiques de groupe, il faut examiner un troisième facteur, soit le fait que la distinction contestée ait été ou non conçue pour améliorer la situation d'un groupe plus défavorisé. Dans *Law*, notre Cour a tenu compte du fait que le versement de pensions réduites aux veuves et veufs plus jeunes avait un lien avec le versement de pensions plus élevées aux veuves et veufs plus nécessiteux, moins favorisés : *Law*, par. 103.

60 Here there is no link between creating an incentive scheme for young people involving lower benefits coupled with a program participation requirement, and providing more benefits for older or more disadvantaged people. From this perspective, this contextual factor is neutral. More broadly, the distinction in benefits can be argued to reflect the different situations of recipients under 30 and recipients 30 and over. It is true that younger people require as much to live as older people. However, we may take judicial notice of the increased difficulty older people may encounter in finding employment, as this Court did in *Law*. At the same time, the benefits of training

En l'espèce, il n'existe aucun lien entre, d'une part, la création d'un régime d'encouragement destiné aux jeunes adultes, combinant le versement de prestations inférieures et l'obligation de participer à des programmes, et, d'autre part, le versement de prestations supérieures aux personnes plus âgées ou plus défavorisées. De ce point de vue, ce facteur contextuel est neutre. De façon plus générale, on peut soutenir que la distinction entre les prestations reflète les situations différentes des bénéficiaires de moins de 30 ans et de ceux de 30 ans et plus. Il est exact que les jeunes adultes ont besoin du même montant que leurs aînés pour subvenir

and entry into the workforce are greater for younger people than for older people: younger people have a longer career span ahead of them once they join the labour force, and, for them, dependence on welfare risks establishing a chronic pattern at an early age.

à leurs besoins. Cependant, nous pourrions prendre connaissance d'office, comme dans *Law*, des difficultés accrues auxquelles les personnes plus âgées risquent de se heurter dans la recherche d'un emploi. Parallèlement, la formation et l'entrée sur le marché du travail comportent des avantages plus importants pour les jeunes adultes que pour leurs aînés : en effet, les jeunes adultes ont devant eux une carrière plus longue que leurs aînés, lorsqu'ils s'intègrent dans la population active, et ils risquent que leur dépendance à l'aide sociale les amène, tôt, à y recourir de façon chronique.

61 Viewed thus, the differential treatment of older and younger welfare recipients does not indicate that older recipients were more valued or respected than younger recipients. Older welfare recipients were, if not more disadvantaged (as in *Law*), "differently disadvantaged". Their different positions with respect to long-term employability as compared to younger people provided a reasonable basis for the legislature to tailor its programs to their different situations and needs. The provision of different initial amounts of monetary support to each of the two groups does not indicate that one group's dignity was prized above the other's. Those 30 and over and under-30s were not "similarly situated" in ways relevant to determining the appropriate level of social assistance in the form of unconditional welfare payments.

De ce point de vue, les traitements différents réservés aux jeunes bénéficiaires et aux bénéficiaires plus âgés n'indiquent pas que les seconds étaient plus valorisés ou respectés que les premiers. S'ils n'étaient pas davantage défavorisés, comme dans l'affaire *Law*, les bénéficiaires plus âgés étaient « défavorisés différemment ». Compte tenu de leur situation différente de celle des jeunes adultes sur le plan de l'employabilité à long terme, il était raisonnable de la part du législateur d'adapter ses programmes à leur situation et à leurs besoins distincts. Le fait que chaque groupe reçoive des allocations de base différentes comme aide financière n'indique pas que la dignité d'un groupe était privilégiée par rapport à celle de l'autre. Les moins de 30 ans et les 30 ans et plus ne se trouvaient pas « dans la même situation » quant aux éléments pertinents pour déterminer le niveau d'aide sociale qu'il convenait de leur verser sous forme de paiements inconditionnels.

62 More generally, as discussed above, the Regulation was aimed at ameliorating the situation of welfare recipients under 30. A reasonable person in Ms. Gosselin's position would take this into account in determining whether the scheme treated under-30s as less worthy of respect and consideration than those 30 and over.

De façon plus générale, comme je l'ai déjà mentionné, le Règlement visait à améliorer la situation des prestataires d'aide sociale de moins de 30 ans. Une personne raisonnable placée dans la situation de Mme Gosselin en tiendrait compte pour déterminer si le régime traitait les moins de 30 ans comme s'ils étaient moins dignes de respect et de considération que les 30 ans et plus.

(d) *Nature and Scope of the Interests Affected by the Impugned Law*

d) *La nature et l'étendue du droit touché par la mesure législative contestée*

63 This factor directs us to consider the impact of the impugned law — how "severe and localized the . . . consequences [are] on the affected group":

Dans l'examen de ce facteur, il faut examiner les effets de la mesure législative contestée — à quel point « les conséquences [. . .] ressenties par

2002 SCC 84 (CanLII)

Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 63, quoted in *Law*, *supra*, at para. 74.

le groupe touché sont graves et localisées » : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 63, cité dans *Law*, précité, par. 74.

64

The trial judge, as noted, was unable to conclude that the evidence established actual adverse effects on welfare recipients under 30. The legislature thought it was helping under-30 welfare recipients; while we can surmise that the lower amount caused under-30s greater financial anxiety in the short term than a larger payment would have, we do not know how this actually played out in the context of the program participation scheme, or whether those 30 and over, who were only receiving 55 percent of the poverty level, experienced similar anxiety. The complainant argues that the lesser amount harmed under-30s and denied their essential human dignity by marginalizing them and preventing them from participating fully in society. But again, there is no evidence to support this claim. For those under 30 who were unable, for whatever reason, to increase their base entitlement, the lower base amount might have represented a significant adverse impact, depending on the availability of other resources, like family assistance. But even if we are prepared to accept that some young people must have been pushed well below the poverty line, we do not know how many, nor for how long. In this situation, it is difficult to gauge the nature and scope of the interests affected by the Regulation. We return once more to the central difficulty faced by the trial judge: despite Ms. Gosselin's claim to speak on behalf of 75 000 young people, she simply did not give the court sufficient evidence to support her allegation that the lower base amount was discriminatory, either against her or against the class as a whole.

Le juge de première instance n'a pas été en mesure de conclure que la preuve établissait l'existence de véritables effets préjudiciables sur les bénéficiaires de moins de 30 ans. Le législateur croyait aider les bénéficiaires de moins de 30 ans; bien que nous puissions présumer que le fait de toucher un montant inférieur a aggravé à court terme l'anxiété financière éprouvée par les bénéficiaires de moins de 30 ans, nous ne savons pas quel rôle ce facteur a véritablement joué dans le contexte du régime de participation aux programmes, ni si les bénéficiaires de plus de 30 ans, qui ne touchaient que 55 p. 100 du montant correspondant au seuil de pauvreté, ont éprouvé la même anxiété. La demanderesse avance que le versement du montant inférieur a été préjudiciable aux bénéficiaires de moins de 30 ans et a porté atteinte à leur dignité humaine essentielle en les marginalisant et en les empêchant de participer pleinement dans la société. Il n'existe encore une fois aucun élément de preuve qui étaye cette allégation. Il se peut que les personnes de moins de 30 ans qui, pour quelque raison que ce soit, n'ont pas pu accroître leur allocation de base, aient subi un effet préjudiciable appréciable du fait que leurs prestations de base étaient moins élevées, selon l'accessibilité d'autres ressources, comme l'aide de leur famille. Cependant, même si nous sommes disposés à reconnaître que certains jeunes bénéficiaires ont dû se retrouver bien au-dessous du seuil de pauvreté, nous ne savons pas combien ont connu ce sort, ni pendant combien de temps. Dans ces circonstances, il est difficile d'apprécier la nature et l'étendue des droits touchés par le Règlement. Nous revenons une fois de plus à la principale difficulté à laquelle s'est heurté le juge de première instance : bien que Mme Gosselin ait soutenu parler au nom de 75 000 jeunes bénéficiaires, elle n'a tout simplement pas présenté au tribunal une preuve suffisante à l'appui de son allégation portant que l'allocation de base inférieure était discriminatoire, que ce soit envers elle ou envers l'ensemble de la catégorie.

65

Assessing the severity of the consequences also requires us to consider the positive impact of the

Pour apprécier la gravité des conséquences, il faut également tenir compte de l'effet positif de

2002 SCC 84 (CanLII)

legislation on welfare recipients under 30. The evidence shows that the regime set up under the *Social Aid Act* sought to promote the self-sufficiency and autonomy of young welfare recipients through their integration into the productive workforce, and to combat the pernicious side effects of unemployment and welfare dependency. The participation incentive worked towards the realization of goals that go to the heart of the equality guarantee: self-determination, personal autonomy, self-respect, feelings of self-worth, and empowerment. These are the stuff and substance of essential human dignity: see *Law*, *supra*, at para. 53. I respectfully disagree with the suggestion that the incentive provisions somehow indicated disdain for young people or a belief that they could be made productive only through coercion. On the contrary, the program's structure reflected faith in the usefulness of education and the importance of encouraging young people to develop their skills and employability, rather than being consigned to dependence and unemployment. In my view, the interest promoted by the differential treatment at issue in this case is intimately and inextricably linked to the essential human dignity that animates the equality guarantee set out at s. 15(1) of the *Canadian Charter*.

la mesure législative sur les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. La preuve démontre que le régime établi en vertu de la *Loi sur l'aide sociale* visait à favoriser l'autonomie et l'indépendance financière des jeunes bénéficiaires d'aide sociale par leur intégration dans la population active et à combattre les effets secondaires pernicieux du chômage et de la dépendance à l'aide sociale. La mesure incitant à la participation aux programmes tendait à la réalisation d'objectifs qui sont au cœur de la garantie d'égalité : autodétermination, autonomie personnelle, respect de soi, confiance en soi et prise en charge de sa destinée. C'est là l'essence de la dignité humaine essentielle : voir *Law*, précité, par. 53. En toute déférence, je rejette l'hypothèse voulant que les dispositions incitatives dénotent du mépris envers les jeunes ou la conviction qu'ils ne peuvent devenir productifs que si on les y contraints. Au contraire, la structure du régime est une marque de foi en l'utilité de l'instruction et en l'importance d'encourager les jeunes à accroître leurs compétences et leur employabilité, plutôt qu'à rester confinés à la dépendance et au chômage. À mon avis, l'intérêt favorisé par la différence de traitement en litige est intimement et inextricablement lié à la dignité humaine essentielle qui anime la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

66 We must decide this case on the evidence before us, not on hypotheticals, or on what we think the evidence ought to show. My assessment of the evidence leads me to conclude that, notwithstanding its possible short-term negative impact on the economic circumstances of some welfare recipients under 30 as compared to those 30 and over, the thrust of the program was to improve the situation of people in this group, and to enhance their dignity and capacity for long-term self-reliance. The nature and scope of the interests affected point not to discrimination but to concern for the situation of welfare recipients under 30. Absent more persuasive evidence to the contrary, I cannot conclude that a reasonable person in the claimant's position would have experienced this scheme as discriminatory, based

Nous devons trancher le présent pourvoi en fonction de la preuve qui nous a été soumise et non en fonction d'hypothèses ou de ce que nous croyons que la preuve devrait démontrer. Après avoir revu la preuve, j'estime que, même s'il est possible qu'il ait eu des conséquences négatives à court terme sur la situation économique de certains bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comparativement à leurs aînés, le régime a pour idée maîtresse d'améliorer la situation des personnes appartenant à ce groupe et de renforcer leur dignité humaine et leur capacité de subvenir à leurs besoins à long terme. La nature et la portée des droits touchés tendent à révéler l'existence non pas d'une discrimination, mais plutôt d'une préoccupation pour la situation des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. En l'absence d'éléments de preuve plus convaincants

2002 SCC 84 (CanLII)

on the contextual factors and the concern for dignity emphasized in *Law*.

établissant le contraire, je ne puis conclure qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait considéré ce régime discriminatoire, compte tenu des facteurs contextuels et de la préoccupation pour la dignité sur laquelle l'arrêt *Law* met l'accent.

(e) *Summary of Contextual Factors Analysis*

e) *Résumé de l'analyse des facteurs contextuels*

67 The question is whether a reasonable welfare recipient under age 30 who takes into account the contextual factors relevant to the claim would conclude that the lower base amount provided to people under 30 treated her, in purpose or effect, as less worthy and less deserving of respect, consideration and opportunity than people 30 and over. On the evidence before us, the answer to this question must be no.

La question est de savoir si un bénéficiaire d'aide sociale raisonnable de moins de 30 ans, qui prendrait en compte les facteurs contextuels pertinents, conclurait que, de par son objet ou son effet, l'allocation de base inférieure versée aux personnes de moins de 30 ans la traitait comme si elle était moins digne de respect et de considération et méritait moins qu'on lui accorde une chance que les 30 ans et plus. Au vu de la preuve dont nous disposons, nous devons y répondre par la négative.

68 Looking at the four contextual factors set out in *Law*, I cannot conclude that the denial of human dignity fundamental to a finding of discrimination is established. This is not a case where the complainant group suffered from pre-existing disadvantage and stigmatization. Lack of correspondence between the program and the actual circumstances of recipients under 30 is not established, in either purpose or effect. The "ameliorative purpose" factor is neutral with respect to discrimination. Finally, the findings of the trial judge and the evidence do not support the view that the overall impact on the affected individuals undermined their human dignity and their right to be recognized as fully participating members of society, notwithstanding their membership in the class affected by the distinction.

À partir de l'examen des quatre facteurs contextuels énoncés dans *Law*, il m'est impossible de conclure que l'on a établi l'existence d'une atteinte à la dignité humaine, essentielle pour conclure à la discrimination. Il ne s'agit pas d'un cas où le groupe de la demanderesse a souffert d'un désavantage préexistant et de stigmates. On n'a pas établi l'absence de correspondance entre le régime, quant à son objet ou à son effet, et la situation réelle des bénéficiaires de moins de 30 ans. Le facteur de l'« effet d'amélioration » est neutre pour ce qui est de la discrimination. Enfin, les conclusions du juge de première instance et les éléments de preuve n'appuient pas la prétention que l'incidence globale du régime sur les personnes touchées a porté atteinte à leur dignité humaine et à leur droit d'être reconnues comme membres à part entière de la société, même si elles font partie de la catégorie touchée par la distinction.

69 A reasonable welfare recipient under 30 might have concluded that the program was harsh, perhaps even misguided. (As noted, it eventually was repealed.) But she would not reasonably have concluded that it treated younger people as less worthy or less deserving of respect in a way that had the purpose or effect of marginalizing or denigrating younger people in our society. If anything, she

Un bénéficiaire d'aide sociale raisonnable de moins de 30 ans aurait pu conclure que le régime était dur et, peut-être, qu'il n'était pas judicieux. (Comme je l'ai mentionné, il a finalement été abrogé.) Cependant, il n'aurait pas pu raisonnablement conclure que le régime traitait les jeunes adultes comme s'ils étaient des personnes de moindre valeur ou moins dignes de respect, et ce d'une façon

2002 SCC 84 (CanLII)

would have concluded that the program treated young people as more able than older people to benefit from training and education, more able to get and retain a job, and more able to adapt to their situations and become fully participating and contributing members of society.

qui avait pour objet ou pour effet de les marginaliser ou de les dénigrer dans notre société. Ce bénéficiaire raisonnable aurait plutôt conclu que le régime traitait les jeunes adultes comme plus aptes que leurs aînés à profiter de la formation et des cours, plus aptes à obtenir et à conserver un emploi et plus aptes à s'adapter à leur situation et à participer et contribuer pleinement en tant que membres à la société.

70 Far from relying on false stereotypes, the program was calibrated to address the particular needs and circumstances of young adults requiring social assistance, considered from both short-term and long-term perspectives. I do not suggest that stereotypical thinking must always be present for a finding that s. 15 is breached. However, its absence is a factor to be considered. The age-based distinction was made for an ameliorative, non-discriminatory purpose, and its social and economic thrust and impact were directed to enhancing the position of young people in society by placing them in a better position to find employment and live fuller, more independent lives. Nor, on the findings of the trial judge, is it established that the program's effect was to undermine the worth of its members in comparison with older people.

Loin d'être fondé sur des stéréotypes erronés, le régime était conçu pour répondre, tant à court terme qu'à long terme, aux besoins et à la situation des jeunes adultes ayant besoin d'aide sociale. Je n'insinue pas qu'il doit toujours exister un stéréotype à l'appui d'une conclusion qu'il y a eu violation de l'art. 15. Cependant, l'inexistence d'un stéréotype constitue un facteur dont il faut tenir compte. La distinction fondée sur l'âge a été créée dans un objectif d'amélioration non discriminatoire; son idée maîtresse et ses effets sur les plans social et économique tendaient à l'amélioration de la situation des jeunes dans la société en accroissant leurs chances de trouver du travail et de mener une vie plus équilibrée et plus indépendante. De plus, suivant les conclusions du juge de première instance, on n'a pas établi que le régime a eu pour effet de dévaloriser les membres de ce groupe par rapport à leurs aînés.

71 The most compelling way to put the claimant's case is this. We are asked to infer from the apparent lack of widespread participation in programs that some recipients under 30 must at some time have been reduced to utter poverty. From this we are further asked to infer that at least some of these people's human dignity and ability to participate as fully equal members of society were compromised.

Voici la formulation la plus juste de l'argument de la demanderesse. Elle nous demande d'inférer de l'absence apparente d'une forte participation aux programmes que certains bénéficiaires de moins de 30 ans ont nécessairement été réduits à vivre dans la plus grande pauvreté à un moment quelconque. À partir de cette inférence, elle nous demande aussi de conclure qu'au moins certaines de ces personnes ont subi une atteinte à leur dignité et à leur capacité de vivre dans l'égalité comme membres à part entière de la société.

72 The inferences that this argument asks us to draw are problematic. The trial judge, as discussed, was unable to find evidence of actual adverse impact on under-30s as a group. Moreover, the argument rests on a standard of perfection in social programs. As this Court noted in *Law*, that is not the standard to be applied. Some people will always fall through the cracks of social programs. That does not

Les inférences que l'on nous demande ainsi de faire posent des problèmes. Comme je l'ai expliqué, le juge de première instance n'a pas été en mesure de trouver des éléments de preuve établissant l'existence d'un véritable effet préjudiciable sur les moins de 30 ans en tant que groupe. Par ailleurs, cet argument repose sur une norme de perfection des programmes sociaux. Comme notre Cour l'a affirmé

2002 SCC 84 (CanLII)

establish denial of human dignity and breach of s. 15. What is required is demonstration that the program as a whole and in the context of *Law*'s four factors in purpose or effect denied human dignity to the affected class, penalizing or marginalizing them simply for being who they were. In this case, that has not been shown.

dans *Law*, ce n'est pas là la norme qui doit être appliquée. Il existera toujours des personnes qui seront victimes des lacunes des programmes sociaux. La preuve d'une atteinte à la dignité humaine ou d'une violation de l'art. 15 n'est pas établie pour autant. Il faut plutôt démontrer que le régime dans son ensemble et dans le contexte des quatre facteurs énoncés dans *Law* a, de par son objet ou son effet, porté atteinte à la dignité humaine des personnes appartenant à la catégorie touchée, en les pénalisant ou les marginalisant simplement en raison de ce qu'elles étaient. En l'espèce, cela n'a pas été démontré.

2002 SCC 84 (CanLII)

73 In many respects, the case before us is strikingly similar to *Law*. The provision there drew an age-based distinction in a survivor's entitlement to pension benefits, allocating no benefit to survivors who were under 35 years of age at the time of the contributor's death, in the absence of specific circumstances provided for in the legislation. The provision here draws an age-based distinction in an unemployed individual's entitlement to welfare benefits, allocating a reduced monetary benefit coupled with a program participation incentive to unemployed individuals who are under 30 years of age at the time of receipt, in the absence of specific circumstances provided for in the Regulation. The appellant in *Law* argued that the distinction, however well intentioned, was based on a faulty assumption that younger people can more easily obtain employment than older people. The appellant here argues that the distinction, however well intentioned, is based on a faulty assumption that younger people can more easily obtain employment than older people. The appellant in *Law* emphasized short-term differences, while the respondent emphasized long-term needs. The appellant here emphasizes short-term differences, while the respondent emphasizes long-term needs. The Court held in *Law* that while the law contained a facial age-based distinction that treated younger people adversely, "the differential treatment does not reflect or promote the notion that they are less capable or less deserving of concern, respect, and consideration, when the dual perspectives of long-term security and the greater opportunity of youth are considered" (para. 102). Similarly here, the aim of the legislation in averting long-term dependency on welfare and

Le présent pourvoi ressemble remarquablement à *Law* à de nombreux égards. Dans cette affaire, la disposition en cause établissait une distinction fondée sur l'âge quant au droit à une pension de survivant et n'accordait aucune prestation aux conjoints survivants de moins de 35 ans au moment du décès du cotisant, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi. En l'espèce, la disposition litigieuse établit une distinction fondée sur l'âge quant au droit d'une personne sans emploi à des prestations d'aide sociale et elle prévoit que les chômeurs âgés de moins de 30 ans au moment du versement des prestations recevront des prestations réduites assorties d'un complément les encourageant à participer à un programme, sous réserve de certaines exceptions prévues par le Règlement. Dans l'arrêt *Law*, l'appelante soutenait que la distinction, toute bien intentionnée qu'elle fût, était fondée sur une hypothèse erronée voulant que les personnes plus jeunes puissent décrocher un emploi plus facilement que leurs aînés. En l'espèce, l'appelante avance que la distinction, toute bien intentionnée qu'elle soit, est fondée sur une hypothèse erronée voulant que les personnes plus jeunes puissent décrocher un emploi plus facilement que leurs aînés. Dans l'arrêt *Law*, l'appelante faisait ressortir les différences à court terme, et l'intimé les besoins à long terme. En l'espèce, l'appelante fait ressortir les différences à court terme, et l'intimé les besoins à long terme. Dans l'arrêt *Law*, notre Cour a statué que, même si la loi renfermait à première vue une distinction fondée sur l'âge défavorisant les personnes plus jeunes, « si elle est analysée du double point de vue de la sécurité à long terme et des possibilités plus grandes offertes par la jeunesse, la différence de traitement ne traduit

promoting insertion into the labour force, coupled with the provision of job training and remedial education programs, leads to the conclusion that the differential treatment does not reflect or promote the notion that young people are less capable or less deserving of concern, respect, and consideration. The Court found in *Law* that the legislation's failure to correspond perfectly to the circumstances of each and every individual member of the affected group did not "affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with the human dignity and freedom of the appellant" (para. 106). Likewise here, the legislation's arguable failure to correspond perfectly to Ms. Gosselin's personal circumstances, the only circumstances described in the record, does not affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with her human dignity and freedom, and with the human dignity and freedom of under-30s generally.

ni n'encourage l'idée que ces personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération » (par. 102). De même, en l'espèce, le but de la disposition législative, qui consiste à éviter la dépendance à long terme à l'aide sociale et à promouvoir l'intégration dans la population active, conjugué à la prestation de programmes de formation professionnelle et de rattrapage scolaire, mène à la conclusion que la différence de traitement ne traduit ni n'encourage l'idée que les jeunes personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération. Dans l'arrêt *Law*, notre Cour a conclu que le fait que les dispositions de la loi ne correspondent pas parfaitement à la situation de chacun des membres du groupe touché ne « compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elles sont compatibles avec la dignité et la liberté de l'appelante » (par. 106). De même, en l'espèce, le fait que l'on puisse soutenir que la mesure législative ne correspond pas parfaitement à la situation personnelle de Mme Gosselin, la seule décrite au dossier, ne compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elle est compatible avec la dignité et la liberté de l'appelante et avec la dignité et la liberté des moins de 30 ans en général.

74 I conclude that the impugned law did not violate the essential human dignity of welfare recipients under 30. We must base our decision on the record before us, not on personal beliefs or hypotheticals. On the facts before us, the law did not discriminate against Ms. Gosselin, either individually or as a member of the group of 18- to 30-year-olds in Quebec. The differential welfare scheme did not breach s. 15(1) of the *Canadian Charter*.

Je conclus que la mesure législative contestée ne portait pas atteinte à la dignité humaine essentielle des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Nous devons fonder notre décision sur le dossier qui nous a été soumis et non sur des hypothèses ou des convictions personnelles. Au vu des faits, tels qu'ils nous ont été présentés, la mesure législative contestée ne créait pas de discrimination à l'endroit de Mme Gosselin, individuellement ou en tant que membre du groupe des 18 à 30 ans au Québec. Le régime d'aide sociale établissant une différence de traitement ne contrevenait donc pas au par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

B. *Does the Social Assistance Scheme Violate Section 7 of the Canadian Charter?*

B. *Le régime d'aide sociale viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne?*

75 Section 7 states that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person" and "the right not to be deprived" of these "except in accordance with the principles of fundamental justice". The appellant argues that the s. 7 right to security of the person includes the right to receive a particular

L'article 7 dispose que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». L'appelante fait valoir que le droit à la sécurité de la personne emporte le droit de recevoir de l'État un niveau

2002 SCC 84 (CanLII)

level of social assistance from the state adequate to meet basic needs. She argues that the state deprived her of this right by providing inadequate welfare benefits, in a way that violated the principles of fundamental justice. There are three elements to this claim: (1) that the legislation affects an interest protected by the right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7; (2) that providing inadequate benefits constitutes a "deprivation" by the state; and (3) that, if deprivation of a right protected by s. 7 is established, this was not in accordance with the principles of fundamental justice. The factual record is insufficient to support this claim. Nevertheless, I will examine these three elements.

The first inquiry is whether the right here contended for — the right to a level of social assistance sufficient to meet basic needs — falls within s. 7. This requires us to consider the content of the right to life, liberty and security of the person, and the nature of the interests protected by s. 7.

As emphasized by my colleague Bastarache J., 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": *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 65. "[T]he justice system and its administration" refers to "the state's conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law" (*G. (J.)*, at para. 65). This view limits the potential scope of "life, liberty and security of the person" by asking whom or what s. 7 protects against. Under this narrow interpretation, s. 7 does not protect against all measures that might in some way impinge on life, liberty or security, but only against those that can be attributed to state action implicating the administration of justice: see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the "*Prostitution Reference*"), at pp. 1173-74, *per* Lamer J. (as he then was), writing for himself; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at

d'aide sociale suffisant pour répondre à ses besoins essentiels. Elle prétend que l'État a porté atteinte à ce droit qui lui est garanti en lui versant des prestations d'aide sociale insuffisantes, de façon non conforme aux principes de justice fondamentale. Sa prétention comporte trois éléments : (1) la mesure législative porte atteinte à un intérêt protégé par le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne au sens de l'art. 7; (2) le versement de prestations insuffisantes constitue une « atteinte » par l'État; (3) l'atteinte à son droit protégé par l'art. 7, si elle est établie, n'a pas été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le dossier factuel n'est pas suffisant pour étayer cette prétention. J'examinerai néanmoins ces trois éléments.

76 La première question est de savoir si le droit revendiqué en l'espèce — le droit à un niveau d'aide sociale suffisant pour répondre aux besoins essentiels — est inclus dans l'art. 7. À cette fin, nous devons examiner le contenu du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ainsi que la nature des intérêts protégés par l'art. 7.

77 Comme le souligne mon collègue le juge Bastarache, selon le courant jurisprudentiel dominant concernant l'art. 7, cette disposition à pour objet d'empêcher certains types d'atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, soit celles « qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice » : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 65. Les mots « le système judiciaire et l'administration de la justice » s'entendent du « comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi » (*G. (J.)*, par. 65). Une telle interprétation limite la portée possible du droit « à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » en demandant contre qui ou contre quoi l'art. 7 accorde sa protection. Suivant cette interprétation étroite, cet article ne protégerait pas contre toutes les mesures susceptibles de porter atteinte d'une façon ou d'une autre au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité, mais seulement contre celles pouvant être imputées à un acte de l'État accompli dans le cadre de l'administration de la justice : voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*

2002 SCC 84 (CanLII)

paras. 21-23, *per* Lamer C.J., again writing for himself alone; and *G. (J.)*, *supra*, for the majority. This approach was affirmed in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, *per* Bastarache J. for the majority.

(Man.), [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1173-1174, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), s'exprimant en son propre nom; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 21-23, le juge en chef Lamer, s'exprimant de nouveau en son propre nom; ainsi que *G. (J.)*, précité, le juge Lamer s'exprimant alors au nom de la majorité. Cette approche a été confirmée dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, le juge Bastarache, s'exprimant pour la majorité.

78 This Court has indicated in its s. 7 decisions that the administration of justice does not refer exclusively to processes operating in the criminal law, as Lamer C.J. observed in *G. (J.)*, *supra*. Rather, our decisions recognize that the administration of justice can be implicated in a variety of circumstances: see *Blencoe*, *supra* (human rights process); *B. (R.)*, *supra* (parental rights in relation to state-imposed medical treatment); *G. (J.)*, *supra* (parental rights in the custody process); *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925 (liberty to refuse state-imposed addiction treatment). Bastarache J. argues that s. 7 applies only in an adjudicative context. With respect, I believe that this conclusion may be premature. An adjudicative context might be sufficient, but we have not yet determined that one is necessary in order for s. 7 to be implicated.

Dans ses décisions concernant l'art. 7, notre Cour a indiqué que l'administration de la justice ne s'entend pas exclusivement des procédures criminelles, comme l'a fait remarquer le juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, précité. Au contraire, notre jurisprudence reconnaît que tout un éventail de situations peuvent faire entrer en jeu l'administration de la justice : voir *Blencoe*, précité (procédures en matière de droits de la personne); *B. (R.)*, précité (droits des parents relativement à un traitement médical imposé par l'État); *G. (J.)*, précité (droits des parents dans le cadre de procédures judiciaires en matière de garde d'enfant); *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 (liberté de refuser des traitements contre une dépendance imposés par l'État). Le juge Bastarache affirme que l'art. 7 s'applique exclusivement dans un contexte juridictionnel. En toute déférence, je crois que cette conclusion est peut-être prématurée. La présence d'un contexte juridictionnel pourrait suffire, mais il n'a pas encore été jugé qu'un tel contexte est nécessaire pour que l'art. 7 entre en jeu.

79 In my view, it is both unnecessary and undesirable to attempt to state an exhaustive definition of the administration of justice at this stage, delimiting all circumstances in which the administration of justice might conceivably be implicated. The meaning of the administration of justice, and more broadly the meaning of s. 7, should be allowed to develop incrementally, as heretofore unforeseen issues arise for consideration. The issue here is not whether the administration of justice is implicated — plainly it

À mon avis, il serait à la fois inutile et peu souhaitable de tenter, à ce moment-ci, de formuler une définition exhaustive de la notion d'administration de la justice, qui cernerait toutes les situations où l'administration de la justice pourrait en théorie entrer en jeu. Il convient de laisser le sens de la notion d'administration de la justice — et de façon plus générale la portée de l'art. 7 — évoluer graduellement, au fur et à mesure que des questions jusqu'ici imprévues seront soumises aux tribunaux.

2002 SCC 84 (CanLII)

is not — but whether the Court ought to apply s. 7 despite this fact.

En l'espèce, la question n'est pas de savoir si l'administration de la justice est en jeu — de toute évidence elle ne l'est pas —, mais si, malgré ce fait, la Cour doit appliquer l'art. 7.

80 Can s. 7 apply to protect rights or interests wholly unconnected to the administration of justice? The question remains unanswered. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 56, Dickson C.J., for himself and Lamer J. entertained (without deciding on) the possibility that the right to security of the person extends "to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy". Similarly, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 1003, Dickson C.J., for the majority, left open the question of whether s. 7 could operate to protect "economic rights fundamental to human . . . survival". Some cases, while on their facts involving the administration of justice, have described the rights protected by s. 7 without explicitly linking them to the administration of justice: *B.(R.)*, *supra*; *G. (D.F.)*, *supra*.

L'article 7 peut-il être invoqué pour protéger des droits ou intérêts n'ayant aucun rapport avec l'administration de la justice? Cette question n'a encore jamais été résolue. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 56, le juge en chef Dickson, s'exprimant en son nom et en celui du juge Lamer, a évoqué (sans toutefois trancher la question) la possibilité que le droit à la sécurité de la personne aille plus loin et « protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ». De même, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 1004, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, n'a pas répondu à la question de savoir si l'art. 7 pouvait être invoqué pour protéger les « droits économiques, fondamentaux à la [. . .] survie [de la personne] ». Dans certaines causes, même si les faits concernaient l'administration de la justice, la Cour a décrit les droits protégés par l'art. 7 sans les rattacher explicitement à l'administration de la justice : *B. (R.)* et *G. (D.F.)*, précités.

81 Even if s. 7 could be read to encompass economic rights, a further hurdle emerges. Section 7 speaks of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. Nothing in the jurisprudence thus far suggests that s. 7 places a positive obligation on the state to ensure that each person enjoys life, liberty or security of the person. Rather, s. 7 has been interpreted as restricting the state's ability to deprive people of these. Such a deprivation does not exist in the case at bar.

Même s'il était possible d'interpréter l'art. 7 comme englobant les droits économiques, un autre obstacle surgirait. L'article 7 précise qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. En conséquence, jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose à l'État une obligation positive de garantir à chacun la vie, la liberté et la sécurité de sa personne. Au contraire, on a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte à ces droits. Il n'y a pas d'atteinte de cette nature en l'espèce.

82 One day s. 7 may be interpreted to include positive obligations. To evoke Lord Sankey's celebrated phrase in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136, the *Canadian Charter* must be viewed as "a living tree capable of growth and expansion within its natural limits": see *Reference re Provincial Electoral*

Il est possible qu'on juge un jour que l'art. 7 a pour effet de créer des obligations positives. Paraphrasant les paroles célèbres prononcées par lord Sankey dans *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136, on peut affirmer que la *Charte canadienne* est [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer à

2002 SCC 84 (CanLII)

Boundaries (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 180, *per* McLachlin J. It would be a mistake to regard s. 7 as frozen, or its content as having been exhaustively defined in previous cases. In this connection, LeBel J.'s words in *Blencoe*, *supra*, at para. 188 are apposite:

> We must remember though that s. 7 expresses some of the basic values of the *Charter*. It is certainly true that we must avoid collapsing the contents of the *Charter* and perhaps of Canadian law into a flexible and complex provision like s. 7. But its importance is such for the definition of substantive and procedural guarantees in Canadian law that it would be dangerous to freeze the development of this part of the law. The full impact of s. 7 will remain difficult to foresee and assess for a long while yet. Our Court should be alive to the need to safeguard a degree of flexibility in the interpretation and evolution of s. 7 of the *Charter*.

The question therefore is not whether s. 7 has ever been — or will ever be — recognized as creating positive rights. Rather, the question is whether the present circumstances warrant a novel application of s. 7 as the basis for a positive state obligation to guarantee adequate living standards.

83 I conclude that they do not. With due respect for the views of my colleague Arbour J., I do not believe that there is sufficient evidence in this case to support the proposed interpretation of s. 7. I leave open the possibility that a positive obligation to sustain life, liberty, or security of the person may be made out in special circumstances. However, this is not such a case. The impugned program contained compensatory "workfare" provisions and the evidence of actual hardship is wanting. The frail platform provided by the facts of this case cannot support the weight of a positive state obligation of citizen support.

84 In view of my conclusions under s. 15(1) and s. 7 of the *Canadian Charter*, the issue of justification

l'intérieur de ses limites naturelles » : voir *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 180, le juge McLachlin. Ce serait faire erreur que de considérer que le sens de l'art. 7 est figé ou que son contenu a été défini de façon exhaustive dans les arrêts antérieurs. À cet égard, il semble à propos de citer les motifs du juge LeBel dans *Blencoe*, précité, par. 188 :

> Nous devons toutefois nous rappeler que l'art. 7 énonce certaines valeurs fondamentales de la *Charte*. Il est sûrement vrai qu'il nous faut éviter de ramener la *Charte*, voire le droit canadien, à une disposition souple et complexe comme l'art. 7. Toutefois, son importance est telle pour la définition des garanties de fond et de procédure en droit canadien qu'il serait périlleux de bloquer l'évolution de cette partie du droit. Il restera difficile pendant encore assez longtemps de prévoir et d'évaluer toutes les répercussions de l'art. 7. Notre Cour devrait être consciente de la nécessité de maintenir une certaine souplesse dans l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte* et dans l'évolution de son application.

La question n'est donc pas de savoir si l'on a déjà reconnu — ou si on reconnaîtra un jour — que l'art. 7 crée des droits positifs. Il s'agit plutôt de savoir si les circonstances de la présente affaire justifient une application nouvelle de l'art. 7, selon laquelle il imposerait à l'État l'obligation positive de garantir un niveau de vie adéquat.

J'estime que les circonstances ne justifient pas pareille conclusion. Avec égards pour l'opinion de ma collègue le juge Arbour, je n'estime pas que la preuve est suffisante en l'espèce pour étayer l'interprétation de l'art. 7 qu'elle propose. Je n'écarte pas la possibilité qu'on établisse, dans certaines circonstances particulières, l'existence d'une obligation positive de pourvoir au maintien de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce. Le régime contesté comportait des dispositions prévoyant du « travail obligatoire » compensatoire et la preuve n'a pas établi l'existence d'un véritable fardeau. Le cadre factuel très ténu en l'espèce ne saurait étayer l'imposition à l'État d'une lourde obligation positive d'assurer la subsistance des citoyens.

Compte tenu de mes conclusions relatives au par. 15(1) et à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, la

2002 SCC 84 (CanLII)

under s. 1 does not arise. Nor does the issue of *Canadian Charter* remedies arise.

C. *Does the Social Assistance Scheme Violate Section 45 of the Quebec Charter?*

Section 45 of the *Quebec Charter* provides that every person in need has a right to "measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living".

Ms. Gosselin argues that s. 45 creates a right to an acceptable standard of living and that Quebec's social assistance scheme breached that right. On this issue, she substantially echoes the position of Robert J.A., dissenting, in the Quebec Court of Appeal. She further argues that a remedy for this alleged breach ought to be available under s. 49 of the *Quebec Charter*, a proposition that Robert J.A. rejected.

There can be no doubt that s. 45 purports to create a right. However, determining the scope and content of that right presents something of a challenge, as s. 45 is ambiguous, admitting of two possible interpretations. According to the first interpretation, by providing a right to "measures provided for by law, susceptible of ensuring . . . an acceptable standard of living", s. 45 requires courts to review social assistance measures adopted by the legislature to determine whether or not they succeed in ensuring an acceptable standard of living. This is the approach urged upon us by the appellant.

A second interpretation reads s. 45 as creating a far more limited right. On this view, s. 45 requires the government to provide social assistance measures, but it places the adequacy of the particular measures adopted beyond the reach of judicial review. The phrase "susceptible of ensuring . . . an acceptable standard of living" serves to identify the measures that are the subject matter of the entitlement, i.e. to specify the kind of measures the state is obliged to provide, but it cannot ground a review of their adequacy. In my view, several considerations militate in favour of this second interpretation, as I indicate below.

question de la justification au regard de l'article premier ne se pose pas, ni d'ailleurs celle des réparations fondées sur la *Charte canadienne*.

C. *Le régime d'aide sociale viole-t-il l'art. 45 de la Charte québécoise?*

85 L'article 45 de la *Charte québécoise* dispose que toute personne dans le besoin a droit « à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent ».

86 Madame Gosselin affirme que l'art. 45 crée le droit à un niveau de vie décent et que le régime d'aide sociale du Québec a porté atteinte à ce droit. Sur cette question, elle reprend essentiellement la position dissidente du juge Robert de la Cour d'appel du Québec. Elle avance également que cette prétendue atteinte donne ouverture à une réparation prévue par l'art. 49 de la *Charte québécoise*, argument qu'a rejeté le juge Robert.

87 Il ne fait aucun doute que l'art. 45 est censé créer un droit. Toutefois, la détermination du contenu et de l'étendue de ce droit présente certaines difficultés, puisque l'art. 45 est ambigu et admet deux interprétations. Suivant la première, en créant le droit à des « mesures [. . .] prévues par la loi, susceptibles [d']assurer un niveau de vie décent », l'art. 45 obligerait les tribunaux à examiner les mesures d'aide sociale adoptées par le législateur pour déterminer si elles assurent ou non un niveau de vie décent. C'est la démarche que prône l'appelante.

88 Suivant la deuxième interprétation, l'art. 45 crée un droit beaucoup plus limité. Il oblige le gouvernement à établir des mesures d'aide sociale, mais soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux la question de savoir si ces mesures sont adéquates. L'expression « susceptibles [d']assurer un niveau de vie décent » sert à identifier les mesures qui constituent l'objet du droit, c'est-à-dire qu'elle précise le type de mesures que l'État est tenu d'offrir, mais elle ne peut être invoquée pour fonder l'examen du caractère adéquat de telles mesures. À mon avis, comme je l'indique ci-après, plusieurs facteurs militent en faveur de la deuxième interprétation.

2002 SCC 84 (CanLII)

89 Attention to the other provisions of Chapter IV of the *Quebec Charter*, entitled "Economic and Social Rights", helps to put s. 45 in context, and sheds considerable light on the interpretive issue. Some of the provisions in Chapter IV deal with rights as between individuals, and do not directly implicate the state at all. For example, s. 39 provides that "[e]very child has a right to the protection, security and attention that his parents or the persons acting in their stead are capable of providing". However, most of Chapter IV's provisions do implicate the state, including s. 45. Of these provisions implicating the state, all but two deal with "positive rights". That is, the rights described correspond to obligations for the state to do, or to provide, something. These include s. 40 (right to free public education); s. 41 (right to religious or moral education); and s. 44 (right to information).

L'examen des autres dispositions du chapitre IV de la *Charte québécoise*, intitulé « Droits économiques et sociaux », aide à bien cerner le contexte de l'art. 45 et jette un éclairage considérable sur son interprétation. Certaines dispositions du chapitre IV portent sur les droits des personnes physiques entre elles et ne visent directement l'État d'aucune façon. Par exemple, l'art. 39 précise que « [t]out enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner ». Cependant, la plupart des dispositions du chapitre IV, y compris l'art. 45, appellent l'intervention de l'État. De ces dispositions, toutes sauf deux visent des « droits positifs », c'est-à-dire des droits correspondant à une obligation pour l'État de faire ou d'offrir quelque chose. C'est le cas, notamment, de l'art. 40 (droit à l'instruction publique gratuite), de l'art. 41 (droit à l'enseignement religieux ou moral) et de l'art. 44 (droit à l'information).

90 Most of the provisions creating positive rights contain limiting language sharply curtailing the scope of the right. For example, the right to free public education provided at s. 40 is stated in the following terms: "[e]very person has a right, to the extent and according to the standards provided for by law, to free public education" (emphasis added). It would be misleading to characterize that right as creating a free-standing entitlement to free public education, in light of this limitation. Rather, the language of the provision suggests that the particulars of the regime enacted by the legislature in order to provide free education are beyond judicial review of their sufficiency.

La plupart des dispositions créant des droits positifs renferment des termes limitatifs, qui restreignent nettement la portée des droits en question. Par exemple, le droit à l'instruction publique visé à l'art. 40 est formulé ainsi : « [t]oute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite » (je souligne). Compte tenu de cette restriction, il serait erroné d'affirmer que ce droit crée un droit indépendant à l'instruction publique gratuite. Au contraire, le libellé de cette disposition donne à penser que les modalités du régime établi par le législateur pour assurer l'instruction gratuite ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire quant à savoir si elles sont adéquates.

91 This same structure applies to other key provisions in Chapter IV. For example:

41. Parents or the persons acting in their stead have a right to require that, in the public educational establishments, their children receive a religious or moral education in conformity with their convictions, within the framework of the curricula provided for by law.

42. Parents or the persons acting in their stead have a right to choose private educational establishments for their children, provided such establishments comply

D'autres dispositions clés du chapitre IV sont structurées de manière analogue. Par exemple :

41. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi.

42. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements

2002 SCC 84 (CanLII)

with the standards prescribed or approved by virtue of the law.

44. Every person has a right to information to the extent provided by law.

46. Every person who works has a right, in accordance with the law, to fair and reasonable conditions of employment which have proper regard for his health, safety and physical well-being.

In all these cases, the rights provided are limited in such a way as to put the specific legislative measures or framework adopted by the legislature beyond the reach of judicial review. These provisions require the state to take steps to make the Chapter IV rights effective, but they do not allow for the judicial assessment of the adequacy of those steps. Indeed, the only provision creating a positive right that does not display this feature is s. 48, which states that "[e]very aged person and every handicapped person has a right to protection against any form of exploitation". However, this provision seems distinguishable in that, unlike the other rights discussed above, the right contemplated does not *a priori* require the adoption of a special regime for its fulfilment.

Was s. 45 intended to make the adequacy of a social assistance regime's specific provisions subject to judicial review, unlike the neighbouring provisions canvassed above? Had the legislature intended such an exceptional result, it seems to me that it would have given effect to this intention unequivocally, using precise language. There are examples of legal documents purporting to do just that. For example, Article 11(1) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, recognizes "the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions". Article 22 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), provides that "[e]veryone, as a member of society, has the right to social security" and is "entitled to realization . . . of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality". Article 25(1) provides that:

se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi.

44. Toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi.

46. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

92 Dans tous ces cas, les droits prévus sont limités de façon à soustraire au contrôle judiciaire les mesures ou le cadre législatifs précis adoptés par le législateur. Ces dispositions obligent l'État à prendre des mesures pour donner effet aux droits visés par le chapitre IV, mais elles ne permettent pas le contrôle judiciaire de ces mesures. De fait, l'art. 48 est la seule disposition qui crée un droit positif ne comportant pas cet élément : « [t]oute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation ». Cependant, cette disposition semble pouvoir être distinguée des autres en ce que le droit envisagé, contrairement aux autres droits examinés, ne requiert pas a priori l'adoption d'un régime spécial en vue d'assurer son application.

93 L'article 45 était-il censé assujettir les modalités particulières d'un régime d'aide sociale au pouvoir des tribunaux d'en contrôler le caractère adéquat, contrairement aux dispositions voisines examinées précédemment? Si le législateur avait voulu un résultat aussi exceptionnel, il me semble qu'il aurait donné effet à cette intention de façon non équivoque, au moyen de termes précis. Il existe des documents juridiques tendant précisément à ce résultat. Par exemple, le par. 11(1) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, reconnaît « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence ». L'article 22 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), précise que : « [t]oute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale » et « est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ». Le paragraphe 25(1) prévoit :

2002 SCC 84 (CanLII)

Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

In contrast to these provisions, which unambiguously and directly define the rights to which individuals are entitled (even though they may not be actionable), s. 45 of the *Quebec Charter* is highly equivocal. Indeed, s. 45 features two layers of equivocation. Rather than speaking of a right to an acceptable standard of living, s. 45 refers to a right to measures. Moreover, the right is not to measures that ensure an acceptable standard of living, but to measures that are susceptible of ensuring an acceptable standard of living. In my view, the choice of the term "susceptible" underscores the idea that the measures adopted must be oriented toward the goal of ensuring an acceptable standard of living, but are not required to achieve success. In other words, s. 45 requires only that the government be able to point to measures of the appropriate kind, without having to defend the wisdom of its enactments. This interpretation is also consistent with the respective institutional competence of courts and legislatures when it comes to enacting and fine-tuning basic social policy.

Contrairement à ces dispositions, qui définissent directement et de manière non équivoque le droit qui est reconnu aux individus (bien qu'il ne donne peut-être pas ouverture à un recours judiciaire), l'art. 45 de la *Charte québécoise* est très ambigu. En effet, l'art. 45 comporte deux niveaux d'ambiguïté. Plutôt que de parler du droit à un niveau de vie décent, l'art. 45 parle du droit à des mesures. En outre, il ne s'agit pas du droit à des mesures assurant un niveau de vie décent, mais de mesures susceptibles d'assurer un niveau de vie décent. À mon avis, le choix du terme « susceptibles » fait ressortir l'idée que les mesures adoptées doivent tendre à assurer un niveau de vie décent, mais n'ont pas à y parvenir. En d'autres mots, l'art. 45 exige seulement que le gouvernement puisse établir l'existence de mesures du type approprié, sans l'obliger à défendre la sagesse de ces mesures. Cette interprétation est aussi compatible avec la compétence institutionnelle respective des tribunaux et des législatures en ce qui concerne l'établissement de politiques sociales fondamentales et leur ajustement dans les moindres détails.

94 For these reasons, I am unable to accept the view that s. 45 invites courts to review the adequacy of Quebec's social assistance regime. The *Social Aid Act* provides the kind of "measures provided for by law" that satisfy s. 45. I conclude that there was no breach of s. 45 of the *Quebec Charter* in this case.

Pour ces motifs, je ne puis souscrire à l'opinion que l'art. 45 invite les tribunaux à contrôler le caractère adéquat du régime d'aide sociale du Québec. La *Loi sur l'aide sociale* comporte le type de « mesures [. . .] prévues par la loi » que vise l'art. 45. Je conclus en l'espèce à l'absence de violation de l'art. 45 de la *Charte québécoise*.

95 Notwithstanding my conclusion that there is no breach of s. 45, I wish to make a brief comment on the issue of remedies. I agree with much that my colleague Bastarache J. says on the question of remedies. In particular, I agree that a breach of s. 45 cannot give rise to a declaration of invalidity, since such a remedy is available only under s. 52 of the *Quebec Charter*, which applies exclusively to s. 1 to

Malgré cette conclusion de conformité avec l'art. 45, je tiens à commenter brièvement la question des réparations. Je souscris en grande partie aux propos de mon collègue le juge Bastarache sur cette question. Tout particulièrement, je reconnais que la violation de l'art. 45 ne peut donner lieu à une déclaration d'invalidité, puisqu'une telle réparation ne peut être obtenue qu'en vertu de l'art. 52 de la

2002 SCC 84 (CanLII)

s. 38. I further agree that s. 49 finds no application to a case such as this. However, I must respectfully disagree with Bastarache J. that it follows from the foregoing considerations that determining whether s. 45 has been breached is superfluous.

Charte québécoise, qui s'applique exclusivement aux art. 1 à 38. Je reconnais également que l'art. 49 ne s'applique pas en l'espèce. Cependant, je ne peux, en toute déférence, me rallier au point de vue du juge Bastarache selon lequel il serait superflu, en raison des facteurs qui précèdent, de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 45.

96 While it is true that courts lack the power to strike down laws that are inconsistent with the social and economic rights provided in Chapter IV of the *Quebec Charter*, it does not follow from this that courts are excused from considering claims based upon these rights. Individuals claiming their rights have been violated under the *Charter* are entitled to have those claims adjudicated, in appropriate cases. The *Quebec Charter* is a legal document, purporting to create social and economic rights. These may be symbolic, in that they cannot ground the invalidation of other laws or an action in damages. But there is a remedy for breaches of the social and economic rights set out in Chapter IV of the *Quebec Charter*: where these rights are violated, a court of competent jurisdiction can declare that this is so.

Bien que les tribunaux n'aient pas le pouvoir d'invalider des lois qui sont incompatibles avec les droits sociaux et économiques prévus au chapitre IV de la *Charte québécoise*, il ne s'ensuit pas que les tribunaux sont de ce fait dispensés de connaître des demandes fondées sur ces droits. La personne qui prétend avoir été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la *Charte québécoise* a le droit de s'adresser aux tribunaux dans les cas opportuns. La *Charte québécoise* est un document juridique, censé créer des droits sociaux et économiques. Ces droits sont peut-être symboliques en ce qu'ils ne peuvent servir de fondement à l'invalidation d'autres lois ni à une action en dommages-intérêts. Cependant, il existe une réparation pour les atteintes aux droits sociaux et économiques énoncés au chapitre IV de la *Charte québécoise*. En cas de violation de ces droits, un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation.

V. Conclusion

97 I would dismiss the appeal. I conclude that Quebec's social assistance scheme, as it stood from 1987 to 1989, did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter*, or s. 45 of the *Quebec Charter*. Accordingly, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

No.

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Conclusion

Je rejetterais le pourvoi. J'estime que le régime d'aide sociale du Québec en vigueur de 1987 à 1989 ne contrevenait ni à l'art. 7 et au par. 15(1) de la *Charte canadienne*, ni à l'art. 45 de la *Charte québécoise*. En conséquence, voici comment je répondrais aux questions constitutionnelles :

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

Non.

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2002 SCC 84 (CanLII)

In view of the answer to Question 1, it is not necessary to answer this question.

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In view of the answer to Question 3, it is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

L'Heureux-Dubé J. (dissenting) —

I. Introduction

98 This appeal raises the question of the constitutionality of s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1 (since repealed). In my opinion, s. 29(*a*) does violate ss. 15 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Canadian Charter*") without justification, as well as s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"). Accordingly, I would allow the appeal.

99 In reaching these conclusions, I agree with my colleagues Bastarache and LeBel JJ., in the result, as to the violation of s. 15, and with my colleague Arbour J.'s reasons as to the violation of s. 7 of the *Charter*. As to s. 45 of the *Quebec Charter*, I am basically in agreement with the dissenting opinion of Robert J.A. (now Chief Justice) of the Quebec Court of Appeal ([1999] R.J.Q. 1033), and therefore disagree with the opinion of LeBel J. on this issue.

Compte tenu de la réponse à la question 1, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Compte tenu de la réponse à la question 3, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de la constitutionnalité de l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1 (abrogé depuis). À mon avis, l'al. 29*a*) contrevient sans justification aux art. 15 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* ») ainsi qu'à l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »). En conséquence, j'accueillerais le pourvoi.

En tirant ces conclusions, je souscris aux motifs de mes collègues les juges Bastarache et LeBel quant au résultat concernant la violation de l'art. 15, ainsi qu'aux motifs de ma collègue le juge Arbour pour ce qui est de la violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. En ce qui concerne l'art. 45 de la *Charte québécoise*, je suis fondamentalement d'accord avec le juge Robert, dissident, de la Cour d'appel du Québec (maintenant Juge en chef) ([1999] R.J.Q. 1033), et ne souscris donc pas à l'opinion du juge LeBel sur cette question.

2002 SCC 84 (CanLII)

Since I have some reservations and comments on each of the above analyses I set out the following remarks.

Puisque j'ai certaines réserves et commentaires à l'égard de chacune des analyses susmentionnées, je tiens à formuler les remarques qui suivent. 100

II. Analysis

II. Analyse

A. *Section 15*

A. *L'article 15*

The present facts provide this Court with an opportunity to revisit the fundamental objectives of, and reaffirm its commitment to, the *Canadian Charter*'s equality guarantee.

Les faits à l'origine de ce pourvoi offrent à la Cour l'occasion de réexaminer les objectifs fondamentaux de la garantie d'égalité prévue à la *Charte canadienne* et de réaffirmer son attachement à cette garantie. 101

The purpose of a s. 15 inquiry is to determine whether the claimant has received substantive equality or equal benefit before and under the law. Equality is denied when the claimant suffers the pernicious effects of a distinction drawn on the basis of an irrelevant characteristic. Such a distinction may be drawn on an enumerated or analogous ground and appear on the face of the law. Alternatively, the distinction may be facially neutral and the negative effects may uniquely be visited upon individuals who possess a personal characteristic that corresponds to the enumerated or analogous grounds. In either case, discrimination is the result.

Le but de l'examen que requiert l'art. 15 est de déterminer si le droit de la partie demanderesse à l'égalité réelle devant la loi et au même bénéfice de la loi a été respecté. Il y a atteinte à l'égalité lorsque cette partie subit les effets pernicieux d'une distinction fondée sur une caractéristique non pertinente. Une telle distinction peut être fondée sur un motif énuméré ou analogue et ressortir du texte même de la législation. Mais elle peut aussi, sous une neutralité apparente, produire des effets négatifs uniquement sur les personnes qui possèdent un attribut personnel correspondant aux motifs énumérés ou analogues. Dans les deux cas, il y a discrimination. 102

The *Canadian Charter*'s structure dictates that even a finding that the claimant has been denied substantive equality is not the final step of the inquiry; it is possible for the infringement of s. 15 to be justified under s. 1. It is important to remember that the s. 15 inquiry precedes, and must always be kept distinct from, the s. 1 analysis. The evaluation of a s. 15 claim must always remain focussed on the particular claimant and his or her experience of the law.

Compte tenu de l'économie générale de la *Charte canadienne*, même la conclusion que la partie demanderesse a été privée d'une égalité réelle ne constitue pas l'étape finale de l'analyse; l'atteinte à l'art. 15 peut être justifiée au regard de l'article premier. Il importe de rappeler que l'analyse fondée sur l'art. 15 précède et doit demeurer distincte de l'analyse effectuée sous le régime de l'article premier. L'examen d'une demande fondée sur l'art. 15 doit toujours être centré sur la partie demanderesse en l'instance et sur la façon dont une législation l'affecte. 103

The above comments should be uncontroversial, grounded as they are in this Court's equality jurisprudence. Yet it appears necessary to recall what the purposes of s. 15 are, and what they are not. Presumptively excluding from s. 15's protection groups which clearly fall within an enumerated category does not serve the purposes of the equality guarantee. Abstract discussion about the nature of

Les commentaires qui précèdent devraient faire l'unanimité, car ils s'appuient sur la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité. Il semble néanmoins nécessaire de rappeler quels sont les objets que vise l'art. 15 et quels sont ceux qu'il ne vise pas. Exclure a priori de la protection de l'art. 15 des groupes qui appartiennent clairement à une catégorie énumérée ne sert pas les fins de la garantie d'égalité. Un 104

2002 SCC 84 (CanLII)

particular grounds does not serve the purposes of s. 15. Blurring the division between the rights provisions and s. 1 of the *Canadian Charter*, by incorporating the perspective of the legislature in a s. 15 analysis, is at odds with this Court's approach to equality and surely does not serve the purposes of s. 15.

discours abstrait sur la nature de certains motifs particuliers ne sert pas non plus les fins de l'art. 15. Affaiblir le cloisonnement entre les dispositions constitutives de droits et l'article premier de la *Charte canadienne*, par une prise en considération du point de vue du législateur dans l'analyse fondée sur l'art. 15, va à l'encontre de l'approche que la Cour a adoptée en matière d'égalité et ne sert certainement pas les objectifs de l'art. 15.

105 A majority of this Court has held that the objective of s. 15 is to affirm the dignity of individuals and groups by protecting them from unfair governmental action, which differentiates on the basis of characteristics that can be changed, if at all, only at great personal cost: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13. The characteristics which fall within the scope of s. 15's protective ambit have been expressly enumerated by the legislature, or found to be analogous grounds by the judiciary: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

La Cour a statué à la majorité que l'art. 15 a pour objectif de renforcer la dignité des personnes et des groupes, en les protégeant contre une intervention gouvernementale injuste qui établit une distinction fondée sur des caractéristiques modifiables seulement à un prix considérable, si tant est qu'elles puissent être modifiées : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13. Les caractéristiques visées par la protection que garantit l'art. 15 ont été énumérées expressément par le législateur ou reconnues par les tribunaux comme des motifs analogues : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

106 This Court has previously been divided over the question of whether certain characteristics should be recognized as analogous grounds. See, e.g., *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, on the question of whether marital status constitutes an analogous ground. In the present case, we are in the unusual circumstance of disagreeing about whether to respect s. 15's express wording. Those who would "typically" exclude youth from protection under the ground of age ignore both the plain language of the *Canadian Charter*, and the method that this Court has adopted for s. 15 inquiries.

La Cour a déjà exprimé des avis partagés quant à savoir si certaines caractéristiques devraient être reconnues comme des motifs analogues. Voir par exemple l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, sur la question de savoir si l'état matrimonial constitue un motif analogue. En l'espèce, nous nous trouvons dans la situation inhabituelle où nous divergeons de vues sur l'application du texte même de l'art. 15. Ceux qui excluraient « habituellement » les jeunes de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge écartent à la fois le libellé clair de la *Charte canadienne* et la méthode déjà retenue par la Cour pour procéder à une analyse fondée sur l'art. 15.

107 Under the *Law* test, the presence of a distinction made on the basis of an analogous ground is essentially a threshold question that leads to the heart of the inquiry, the question of whether the distinction infringes human dignity and contradicts the purposes of s. 15. It would appear that some are reluctant to accept that an explicit legislative distinction

Selon le test formulé dans l'arrêt *Law*, l'existence d'une distinction fondée sur un motif analogue est essentiellement un test préliminaire qui nous amène au cœur de l'analyse, à savoir si la distinction porte atteinte à la dignité humaine et va à l'encontre des objectifs de l'art. 15. Il semble que certains hésitent à admettre qu'une distinction législative établie

2002 SCC 84 (CanLII)

drawn on the basis of an enumerated ground satisfies the threshold requirement that permits courts to proceed to a detailed contextual analysis under the third stage of the *Law* inquiry.

explicitement sur le fondement d'un motif énuméré satisfait au critère préliminaire qui permet aux tribunaux de procéder à une analyse contextuelle détaillée à la troisième étape de l'examen décrit dans *Law*.

Age is an enumerated ground. This Court has concluded that once recognized, an analogous ground remains a permanent marker of suspect distinction in all contexts: *Corbiere*, *supra*. It would seem to follow that grounds explicitly enumerated in s. 15 were similarly permanent markers. Admittedly, the Constitution ousts the protection afforded by this ground in specific contexts. See *Constitution Act, 1867*, ss. 23, 29 and 99, and the discussion in P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 52-47. However, the *Canadian Charter* could have contained a general provision which excluded those below a certain age threshold from protection against discrimination, as provincial human rights codes have done. See, e.g., Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 10(1) "age". The *Canadian Charter* contains no such provision.

108 L'âge est un motif énuméré. La Cour a conclu, par ailleurs, qu'un motif analogue, une fois reconnu, constitue un indicateur permanent de l'existence d'une distinction suspecte dans tous les contextes : *Corbiere*, précité. Il devrait s'ensuivre que les motifs énumérés explicitement à l'art. 15 constituent également des indicateurs permanents. Il faut reconnaître que, dans des contextes précis, la Constitution écarte la protection offerte à l'égard de ce motif. Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 23, 29 et 99, et l'analyse de P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 52-47. Toutefois, la *Charte canadienne* aurait pu comprendre une disposition générale excluant de la protection contre la discrimination les personnes n'ayant pas atteint un certain âge minimal, comme l'ont fait des codes provinciaux sur les droits de la personne. Voir par exemple, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, par. 10(1) « âge ». La *Charte canadienne* ne renferme pas de telle disposition.

2002 SCC 84 (CanLII)

Any attempt to read the limited range of provincial human rights codes' age protections into s. 15 must fail. Provincial human rights codes in the employment context expressly exclude those 65 and over from protection on the grounds of age: Ontario *Human Rights Code*, ss. 5(1) and 10(1) "age". This Court has declined to follow this example in its s. 15 jurisprudence. It has held that those the age of 65 and over fall within the scope of s. 15's protection, although government action that discriminates on this basis may be saved under s. 1: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. This Court's jurisprudence on age discrimination has respected the express wording of s. 15, even in the face of contrary tendencies in quasi-constitutional statutes.

109 Toute tentative de tenir pour incluses implicitement dans l'art. 15 les limites à la protection contre la discrimination fondée sur l'âge établies dans les codes provinciaux sur les droits de la personne doit être rejetée. Dans le contexte de l'emploi, les codes provinciaux excluent explicitement les personnes de 65 ans ou plus de la protection liée à l'âge : *Code des droits de la personne* de l'Ontario, par. 5(1) et 10(1) « âge ». La Cour a refusé de suivre cet exemple dans sa jurisprudence relative à l'art. 15. En effet, la Cour a statué que les personnes de 65 ans ou plus bénéficiaient de la protection de l'art. 15, bien que l'action gouvernementale discriminatoire sur ce fondement puisse se justifier sous le régime de l'article premier : *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*,

I see no principled reason to depart from this history of fidelity to the *Canadian Charter*'s text and aspirations.

[1991] 2 R.C.S. 22. Dans ses arrêts sur la discrimination fondée sur l'âge, la Cour a respecté le texte de l'art. 15, même en présence de tendances contraires dans des lois quasi constitutionnelles. Je ne vois aucune raison de principe de nous écarter de la fidélité au texte et aux aspirations de la *Charte canadienne* dont la Cour a historiquement fait preuve.

110 Moreover, any attempt to presumptively exclude youth from s. 15 protection, for the reason that age is a unique ground, misplaces the focus of a s. 15 inquiry. The proper focus of analysis is on the effects of discrimination, and not on the categorizing of grounds. In *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paras. 48 and 53, I wrote:

> We must remember that the grounds in s. 15, enumerated and analogous, are instruments for finding discrimination. They are a means to an end. By focussing almost entirely on the nature, content and context of the disputed ground, however, we have begun to approach it as an end, in and of itself. . . .
>
> We will never address the problem of discrimination completely, or ferret it out in all its forms, if we continue to focus on abstract categories and generalizations rather than on specific effects. [Emphasis deleted.]

Par ailleurs, toute tentative d'exclure a priori les jeunes de la protection de l'art. 15 parce que l'âge est un motif particulier déplace le véritable focus sur lequel doit porter l'analyse de l'art. 15. L'accent doit être mis sur les effets de la discrimination et non sur le classement des motifs dans une catégorie. Dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 48 et 53, j'ai écrit :

> Nous devons nous rappeler que les motifs énumérés à l'art. 15 et ceux qui y sont analogues sont des instruments à l'aide desquels on peut conclure à la discrimination. Ils sont un moyen d'atteindre une fin. Or, en nous limitant presque exclusivement à la nature, au contenu et au contexte du motif contesté, nous l'avons traité comme une fin en soi . . .
>
> Nous ne réglerons jamais complètement le problème de la discrimination et nous ne réussirons pas à la démasquer sous toutes ses formes si nous continuons d'insister sur des catégories abstraites et des généralisations plutôt que sur des effets précis. [Soulignement supprimé.]

111 I recently restated this position in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, at para. 166. I remain convinced that a discrimination claim should be evaluated primarily in terms of an impugned distinction's effects, as they would have been experienced by a reasonable person in the claimant's position. The point of departure should <u>not</u> lie in abstract generalizations about the nature of grounds.

J'ai récemment reformulé cette position dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, par. 166. Je demeure convaincue que l'examen d'une allégation de discrimination doit porter fondamentalement sur les effets de la distinction alléguée, tels que vécus par une personne raisonnable placée dans la situation de la partie demanderesse. Le point de départ <u>ne</u> doit <u>pas</u> se situer dans des généralisations abstraites sur la nature des motifs.

112 Since courts engaged in a s. 15 analysis should focus on the effects of an impugned distinction, they should also refrain from relying on the viewpoint of the legislature. At the s. 15 stage, courts should not be concerned with whether the legislature was well-intentioned. This Court has long recognized that an intention to discriminate is not a necessary condition for a finding of discrimination: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985]

Puisque les tribunaux, dans leur analyse sous l'art. 15, doivent centrer leur attention sur les effets d'une distinction alléguée, ils doivent également s'abstenir de prendre appui sur l'intention du législateur. À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 15, les tribunaux ne doivent pas se préoccuper de savoir si le législateur était bien intentionné. La Cour a depuis longtemps établi qu'une intention de discriminer n'est pas nécessaire pour

2002 SCC 84 (CanLII)

2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; and *Andrews*, *supra*, at pp. 173-74. By necessary implication, the fact that a legislature intends to assist the group or individual adversely affected by the impugned distinction also does not preclude a court from finding discrimination. Nor is it determinative, where a distinction produces prejudicial effects, that a legislature intends to provide an incentive for the affected individuals to alter their conduct or to change themselves in ways that the legislature believes would ultimately be beneficial for them: *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at paras. 5, *per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé J., dissenting, and 51, *per* Bastarache J.

conclure à la discrimination : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; et *Andrews*, précité, p. 173-174. Il s'ensuit nécessairement que le fait qu'un législateur ait l'intention d'aider le groupe ou la personne sur lesquels la distinction alléguée a un effet préjudiciable n'empêche pas non plus un tribunal de conclure à la discrimination. Lorsqu'une distinction entraîne des effets préjudiciables, il n'est pas non plus déterminant qu'un législateur ait, selon lui, eu l'intention d'inciter les personnes touchées par cette législation à changer leur comportement de façon à ce qu'elles en bénéficient en bout de ligne : *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 5, le juge en chef McLachlin et le juge L'Heureux-Dubé, dissidentes, et par. 51, le juge Bastarache.

Of course, benign legislative intent may aid in saving a discriminatory distinction at s. 1, but that is a separate inquiry. In the earliest moments of its *Canadian Charter* jurisprudence, this Court insisted that the analysis of the right at issue should be kept separate from the inquiry into an impugned distinction's justification: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Andrews*, *supra*, at p. 182. As we enter the third decade of the *Canadian Charter*'s existence, I see no reason to depart from this fundamental division. Moreover, I am unable to imagine how a departure could result in anything but a weakening of the equality guarantee.

113 Certes, le fait que le législateur ait eu une intention inoffensive peut contribuer à valider une distinction discriminatoire par application de l'article premier, mais il s'agit là d'une étape distincte. Dans les tout premiers arrêts relatifs à la *Charte canadienne*, la Cour a insisté sur le fait que l'analyse de la législation en cause doit demeurer distincte de l'examen portant sur la justification de la distinction alléguée : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Andrews*, précité, p. 182. À l'aube de la troisième décennie de l'existence de la *Charte canadienne*, je ne vois aucun motif de déroger à ce cloisonnement fondamental. Qui plus est, je ne peux voir comment une telle dérogation pourrait produire un résultat autre que l'affaiblissement de la garantie d'égalité.

The *Law* Test

This Court has repeatedly affirmed the importance of protecting individuals and groups from the negative effects of discrimination, as these are defined from the perspective of the reasonable person in the claimant's position. The *Law* test is one such affirmation. I turn now to the question of how that test should be interpreted to ensure that

Le test de l'arrêt *Law*

114 La Cour a affirmé à maintes reprises l'importance de protéger les personnes et les groupes contre les effets négatifs de la discrimination, définis du point de vue de la personne raisonnable placée dans la situation de la partie demanderesse. Le test énoncé dans l'arrêt *Law* en est un exemple. J'examinerai maintenant l'interprétation qu'il faut donner à ce

2002 SCC 84 (CanLII)

human dignity remains the fundamental reference point for any evaluation of a s. 15 claim.

115 It is undisputed that s. 29(*a*) draws a distinction on an enumerated ground. All that remains under the *Law* test is to determine whether the impugned provision denies human dignity in purpose or effect. I begin by setting out two broad principles which should animate any application of *Law*: (1) discrimination need not involve stereotypes, and (2) the reasonable claimant is the perspective from which to evaluate a s. 15 claim.

(a) *Discrimination Without Stereotypes*

116 In addressing the question of stereotypes, it is worth quoting in full the unanimous Court in *Law*'s consolidation of various interpretive approaches to s. 15 (at para. 51):

> It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration. Legislation which effects differential treatment between individuals or groups will violate this fundamental purpose where those who are subject to differential treatment fall within one or more enumerated or analogous grounds, and where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristic, or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. [Emphasis added.]

This passage presents the application of stereotypical characteristics, and the "effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition" as alternative bases for finding discrimination. The presence of a stereotype is therefore not a necessary condition for a finding of discrimination and support for this

test pour avoir l'assurance que la dignité humaine demeure le point de référence fondamental de toute évaluation d'une demande fondée sur l'art. 15.

Il n'est pas contesté que l'al. 29*a*) établit une distinction fondée sur un motif énuméré. En application du test énoncé dans *Law*, il ne reste qu'à déterminer si la disposition attaquée, dans son objet ou son effet, porte atteinte à la dignité humaine. Je soulignerai d'abord deux grands principes qui devraient guider l'application de l'arrêt *Law* : 1) la discrimination n'implique pas nécessairement des stéréotypes et 2) une demande fondée sur l'art. 15 doit s'apprécier du point de vue d'un demandeur raisonnable.

a) *La discrimination en l'absence de stéréotypes*

Pour trancher la question des stéréotypes, il convient de citer intégralement la décision unanime de la Cour dans *Law*, qui consolide les diverses méthodes d'interprétation de l'art. 15 (au par. 51) :

> On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. [Je souligne.]

Ce passage présente l'application de caractéristiques stéréotypées et le fait de « perpétue[r] ou favorise[r] l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu » comme deux fondements différents pouvant, l'un ou l'autre, étayer une conclusion de discrimination. La présence d'un stéréotype ne constitue donc pas une condition

2002 SCC 84 (CanLII)

proposition can be found throughout this Court's equality jurisprudence.

nécessaire à la conclusion qu'il y a discrimination et toute la jurisprudence de la Cour en matière d'égalité appuie cet énoncé.

In *Andrews*, McIntyre J. rejected the Court of Appeal's attempt to "define discrimination under s. 15(1) as an unjustifiable or unreasonable distinction" (p. 181), and reasoned that such a definition would undermine the division between s. 15 and s. 1 (p. 182). A distinction that is stereotypical is necessarily unjustifiable or unreasonable. Consequently, the presence of a stereotype is not determinative of a finding of a discrimination.

117 Dans l'arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a rejeté la tentative de la Cour d'appel de « définir la discrimination au sens du par. 15(1) comme une distinction injustifiable ou déraisonnable » (p. 181), et il a affirmé qu'une telle définition affaiblirait le cloisonnement des processus propres à l'art. 15 et à l'article premier (p. 182). Une distinction qui s'appuie sur un stéréotype est nécessairement injustifiable ou déraisonnable. Par conséquent, la présence d'un stéréotype n'est pas déterminante quant à savoir s'il y a discrimination.

2002 SCC 84 (CanLII)

One may object that McIntyre J.'s assertion only demonstrates that the presence of a stereotype is not sufficient grounds for a finding of discrimination. However, both *Andrews* itself and this Court's subsequent jurisprudence on adverse effect discrimination make clear that the presence of stereotypes is also not a necessary condition for a finding of discrimination.

118 On pourrait objecter que l'affirmation du juge McIntyre démontre uniquement que la présence d'un stéréotype ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à la discrimination. Cependant, l'arrêt *Andrews* ainsi que la jurisprudence subséquente de la Cour sur la discrimination par suite d'un effet préjudiciable établissent clairement que l'existence de stéréotypes ne constitue pas non plus une condition nécessaire pour conclure à la discrimination.

The distinction drawn in *Andrews* was discriminatory because it was irrelevant and singled out a group that was understood to fall within the ambit of s. 15's concern. McIntyre J. held (at p. 183):

119 La distinction en cause dans l'affaire *Andrews* était discriminatoire parce qu'elle n'était pas pertinente et visait un groupe censé bénéficier de la protection de l'art. 15. Le juge McIntyre a affirmé, à la p. 183 :

> A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would, in my view, infringe s. 15 equality rights.

> À mon avis, une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15.

McIntyre J. reached his conclusion without considering the question of stereotypes, and this Court's jurisprudence demonstrates that stereotypes need not be present for a finding of adverse effect discrimination.

Le juge McIntyre est arrivé à cette conclusion sans examiner la question des stéréotypes, et les arrêts de la Cour démontrent qu'il n'est pas indispensable que des stéréotypes soient en cause pour que l'on puisse conclure à l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

A distinction that results in adverse effect discrimination need not, of course, include an intention to discriminate. In this Court's definitive

120 Il n'est évidemment pas nécessaire d'établir une intention de discriminer lorsqu'une distinction engendre une discrimination par suite d'un effet

statement on indirect discrimination, McLachlin J. (as she then was) held that adverse effects are "unwitting, accidental" (*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at para. 49). A neutral distinction, or one that "unwittingly" yields negative effects, is by definition not premised on a negative stereotype. Such distinctions yield, without justification, disproportionately negative impacts on groups recognized as being within the scope of an equality provision's protection. In *BCGSEU*, McLachlin J. held (at para. 33):

préjudiciable. Lorsque la Cour s'est prononcée de façon définitive sur la discrimination indirecte, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est « involontaire, accidentelle » (*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 49). Par définition, une distinction neutre ou une distinction qui produit « involontairement » des effets négatifs n'est pas fondée sur un stéréotype négatif. De telles distinctions entraînent sans justification des répercussions négatives disproportionnées sur des groupes reconnus comme protégés par une disposition garantissant l'égalité. Dans l'arrêt *BCGSEU*, le juge McLachlin a conclu, au par. 33 :

> The standard itself is discriminatory precisely because it treats some individuals differently from others, on the basis of a prohibited ground: see generally *Toronto-Dominion Bank*, *supra*, at paras. 140-41, *per* Roberston J.A. As this Court held in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 66, if a rule has a substantively discriminatory effect on a prohibited ground, it should be characterized as such regardless of whether the claimant is a member of a majority or minority group.

> La norme elle-même est discriminatoire justement parce qu'elle traite certains individus différemment des autres pour un motif prohibé : voir, de manière générale, l'arrêt *Banque Toronto Dominion*, précité, aux par. 140 et 141, le juge Robertson. Comme notre Cour l'a statué dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 66, si une règle a un effet discriminatoire réel pour un motif prohibé, elle devrait être qualifiée de discriminatoire peu importe que le demandeur appartienne à un groupe majoritaire ou à un groupe minoritaire.

In *BCGSEU*, the facially neutral standard was discriminatory because it had the effect of disproportionately excluding women. As in *Andrews*, *supra*, an analysis of stereotypes was simply not necessary for the disposition of the case. Prejudicial effects giving rise to a s. 15 claim may result when a legislature simply fails to turn its mind to the particular needs and abilities of individuals or groups so as to provide equal benefit under the law to all members of society: *BCGSEU*, at para. 33; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

Dans l'arrêt *BCGSEU*, la norme neutre à première vue était discriminatoire parce qu'elle avait pour effet d'exclure les femmes dans une mesure disproportionnée. Comme dans l'affaire *Andrews*, précitée, il était tout simplement inutile de procéder à une analyse des stéréotypes pour trancher le pourvoi. L'omission par le législateur de tenir compte des capacités et des besoins particuliers de personnes ou de groupes pour assurer le même bénéfice de la loi à tous les membres de la société peut entraîner des effets préjudiciables donnant ouverture à une demande fondée sur l'art. 15 : *BCGSEU*, par. 33; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

(b) *Dignity Through the Eyes of the Reasonable Claimant*

b) *La dignité aux yeux du demandeur raisonnable*

121 If a stereotype is not a necessary or sufficient condition for a finding of discrimination, there must be other relevant indicators. *Law* listed four contextual factors to which a claimant can refer

Si un stéréotype n'est pas une condition nécessaire ou suffisante pour qu'il y ait discrimination, il doit exister d'autres indicateurs pertinents. L'arrêt *Law* énumère quatre facteurs contextuels sur

2002 SCC 84 (CanLII)

to demonstrate that a distinction has the effect of demeaning his or her dignity. Before considering these, it would be helpful to revisit *Law*'s understanding of human dignity. I reproduce in full a particularly illuminating passage (at para. 53):

> Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

This passage serves as a reminder that discrimination can arise in circumstances other than in the presence of stereotypes, and removes an ambiguity in the previously cited discussion of equality (see above, at para. 116). On one reading, the phrase "or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition", taken together with the phrase "stereotypical application of presumed group or personal characteristic" (see above, at para. 116), may be understood to suggest that discrimination only arises where there has been a message sent to the community at large that is demeaning to the claimant. By contrast, the present passage unequivocally reveals that dignity can be infringed even if the "message" is conveyed only to the claimant.

The passage makes clear that if individual interests including physical and psychological

lesquels peut se fonder un demandeur pour démontrer qu'une distinction a pour effet de porter atteinte à sa dignité. Avant de les examiner, il m'apparaît utile de revoir l'interprétation que l'arrêt *Law* attribue à la dignité humaine. Je reproduis intégralement un passage particulièrement éclairant de cet arrêt (au par. 53) :

> La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

122 Ce passage rappelle qu'il peut y avoir discrimination dans d'autres circonstances qu'en présence de stéréotypes et il élimine une ambiguïté dans l'analyse de l'égalité mentionnée précédemment (voir le par. 116). On pourrait croire que les mots « par ailleurs, [la différence de traitement] perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu » lus de concert avec les mots « une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe » (voir le par. 116), laissent entendre qu'il n'y a discrimination que s'il y a transmission à l'ensemble de la population d'un message qui porte atteinte à la partie demanderesse. Au contraire, le passage ci-dessus révèle sans équivoque qu'il peut y avoir atteinte à la dignité même si le « message » en cause est transmis seulement au demandeur.

123 Ce passage établit clairement que la dignité humaine est violée s'il y a atteinte aux intérêts

2002 SCC 84 (CanLII)

integrity are infringed, a harm to dignity results. Such infringements undermine the individual's self-respect and self-worth. They communicate to the individual that he or she is not a full member of Canadian society. Moreover, this passage proposes a reasonableness standard when it discusses what the claimant "legitimately feels when confronted with a particular law". In these descriptions of human dignity, one can hear echoes of my position in the 1995 trilogy. In *Egan*, *supra*, I held (at para. 56) that the examination of whether a distinction is discriminatory

individuels, dont l'intégrité physique et psychologique. Ces atteintes minent le respect et l'estime de soi de la personne. De plus, elles transmettent à l'individu l'idée qu'il n'est pas un membre à part entière de la société canadienne. Par ailleurs, ce passage propose une norme du caractère raisonnable lorsqu'il parle de la « façon dont il est raisonnable [que le demandeur] se sente face à une loi donnée ». Ces descriptions de la dignité humaine reprennent la position que j'avais exposée dans la trilogie de 1995. Dans l'arrêt *Egan*, précité, j'ai affirmé, au par. 56, que l'analyse visant à déterminer si une distinction est discriminatoire

> should be undertaken from a subjective-objective perspective: i.e. from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the group of which the rights claimant is a member.

> devrait être effectuée suivant une norme subjective-objective, c'est-à-dire du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable au groupe auquel appartient la personne qui invoque le droit.

This Court has recently expressed its continuing support for this "reasonable claimant" standard in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 55. See also *Corbiere*, *supra*, at para. 65; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 81; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 75.

La Cour a récemment exprimé son appui constant à l'égard de la norme de la « personne raisonnable » dans les arrêts *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 55. Voir aussi *Corbiere*, précité, par. 65; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 81; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 75.

124 These preliminary remarks about *Law* serve as reminders that stereotypes are not needed to find a distinction to be discriminatory, and that the reasonable claimant is the perspective from, and the standard by which to evaluate a discrimination claim. With these remarks in mind, it is now time to turn to a consideration of the *Law* factors.

Ces remarques préliminaires au sujet de l'arrêt *Law* servent à rappeler qu'une distinction peut être discriminatoire même si elle ne repose pas sur des stéréotypes et qu'une allégation de discrimination sera évaluée dans la perspective et suivant le critère du demandeur raisonnable. En gardant ces remarques à l'esprit, je procéderai maintenant à l'examen des facteurs énoncés dans *Law*.

(c) *Putting Effects First in Law*

c) *Le rôle de premier plan des effets dans l'arrêt Law*

125 The four factors in *Law* are: (1) pre-existing disadvantage, (2) relationship between grounds and the claimant's characteristics or circumstances, (3) ameliorative purposes or effects, and (4) the nature of the interest affected.

Quatre facteurs sont énumérés dans l'arrêt *Law* : 1) le désavantage préexistant, 2) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur, 3) l'objet ou l'effet d'amélioration et 4) la nature du droit touché.

2002 SCC 84 (CanLII)

Although this Court made clear in *Law* that it is not necessary that all four factors be present for there to be a finding that a claimant's human dignity has been infringed, and indeed that the presence or absence of no factor is determinative, subsequent applications of the *Law* test have typically attempted to either refute or establish every factor. See e.g., *Corbiere*, *supra*, and *Lovelace*, *supra*.

126 Bien que, dans *Law*, la Cour ait indiqué clairement qu'il n'est pas nécessaire que ces quatre facteurs soient réunis pour qu'il y ait atteinte à la dignité humaine de la partie demanderesse et, en fait, que la présence ou l'absence d'aucun de ces facteurs n'est déterminante, pratiquement chaque fois où le test énoncé dans *Law* a été appliqué par la suite on a tenté de réfuter ou d'établir chacun de ces facteurs. Voir par exemple, *Corbiere*, précité, et *Lovelace*, précité.

In addition, although the Court in *Law* held that "the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by the individual or group" (para. 63), it insisted that "although a distinction drawn on such a basis is an important *indicium* of discrimination, it is not determinative" (para. 65). Therefore, although pre-existing disadvantage is the factor the presence of which will most likely weigh in favour of a finding that human dignity is infringed, its absence does not inexorably lead to the conclusion that dignity has not been infringed.

127 En outre, si on a statué dans l'arrêt *Law* que « le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe » (par. 63), elle a insisté sur le fait que « même si une distinction fondée sur un tel élément est un indice important de discrimination, elle n'est pas déterminante » (par. 65). Par conséquent, bien que la préexistence d'un désavantage soit le facteur le plus susceptible de jouer en faveur de la conclusion qu'il y a eu atteinte à la dignité humaine, l'absence de ce facteur ne mène pas inexorablement à la conclusion qu'il n'y a pas eu atteinte à la dignité.

Courts applying *Law* must keep these reservations in mind. Since not all the factors must be shown to exist, and since pre-existing disadvantage is a compelling, but not necessary condition, it is conceivable that the sole presence of another factor may be sufficient to establish an infringement of dignity. Moreover, given that the effects of an impugned distinction should be the focal point of a discrimination analysis, and that stereotypes are not necessary for a finding of discrimination, the severe impairment of an extremely important interest may be sufficient to ground a claim of discrimination. I foresaw this possibility in *Egan*, *supra*, when I wrote (at para. 65):

128 Dans leur application de l'arrêt *Law*, les tribunaux doivent garder ces réserves à l'esprit. Puisqu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence de tous les facteurs et que le désavantage préexistant constitue une condition impérieuse, mais non impérative, on peut concevoir que la seule présence d'un autre facteur pourrait suffire à établir une atteinte à la dignité. Par ailleurs, étant donné que, d'une part, l'examen d'une allégation de discrimination devrait être centré sur les effets de la distinction contestée et, d'autre part, l'existence de stéréotypes n'est pas nécessaire pour appuyer une conclusion de discrimination, il se peut qu'une atteinte grave à un droit extrêmement important suffise pour justifier une allégation de discrimination. J'ai envisagé cette possibilité dans *Egan*, précité, lorsque j'ai écrit, au par. 65 :

[T]he more fundamental the interest affected or the more serious the consequences of the distinction, the more likely that the impugned distinction will have a

[P]lus le droit touché est fondamental ou plus les conséquences de la distinction sont graves, plus il est probable que la distinction en cause aura un effet discriminatoire,

2002 SCC 84 (CanLII)

discriminatory impact even with respect to groups that occupy a position of advantage in society.

It may be that particularly severe negative effects, as assessed under the fourth contextual factor in the third step of the *Law* test, may alone qualify a distinction as discriminatory. It is at least conceivable that negative effects severe enough would signal to a reasonable person possessing any personal characteristics, with membership in any classificatory group, that he or she is being less valued as a member of society. Therefore, even if we accept for the moment that youth are generally an advantaged group, if a distinction were to severely harm the fundamental interests of youth and only youth, that distinction would be found to be discriminatory.

129 These are the facts that are before this Court.

130 As a result of s. 29(*a*), adults under 30 were uniquely exposed by the legislative scheme to the threat of living beneath what the government itself considered to be a subsistence level of income. Of those eligible to participate in the programs, 88.8 percent were unable to increase their benefits to the level payable to those 30 and over. Ms. Gosselin was exposed to the risk of severe poverty as a sole consequence of being under 30 years of age. Ms. Gosselin's psychological and physical integrity were breached. There is little question that living with the constant threat of poverty is psychologically harmful. There is no dispute that Ms. Gosselin lived at times below the government's own standard of bare subsistence. In 1987, the monthly cost of proper nourishment was $152. The guaranteed monthly payment to young adults was $170. I cannot imagine how it can be maintained that Ms. Gosselin's physical integrity was not breached.

131 The sole remaining question is whether a reasonable person in Ms. Gosselin's position, apprised of all the circumstances, would perceive that her

même à l'égard des groupes qui occupent une position privilégiée dans la société.

Il se peut que des effets négatifs particulièrement graves, mesurés dans le cadre de l'évaluation du quatrième facteur contextuel à la troisième étape du test énoncé dans *Law*, permettent à eux seuls de qualifier une distinction de discriminatoire. Il est à tout le moins concevable que des effets négatifs suffisamment graves puissent indiquer à une personne raisonnable possédant une caractéristique personnelle quelconque, appartenant à un groupe quelconque, qu'elle est moins valorisée en tant que membre de la société. Par conséquent, même en convenant pour l'instant que les jeunes constituent généralement un groupe favorisé, une distinction qui porterait gravement atteinte aux droits fondamentaux des jeunes, et seulement des jeunes, serait jugée discriminatoire.

J'exposerai maintenant les faits portés à la connaissance de la Cour.

En conséquence de l'application de l'al. 29*a*), le régime législatif a exposé uniquement les adultes de moins de 30 ans à la menace de vivre en-deçà de ce que le gouvernement considérait lui-même comme le niveau de subsistance. Les personnes admissibles à participer aux programmes n'ont pas pu, dans une proportion de 88,8 p. 100, hausser le montant de leurs prestations au niveau de celles des 30 ans et plus. Madame Gosselin était exposée au risque d'une grande pauvreté du seul fait qu'elle avait moins de 30 ans. Il y a eu atteinte à l'intégrité psychologique et physique de Mme Gosselin. Il ne fait aucun doute qu'il est psychologiquement préjudiciable de vivre avec la menace constante de la pauvreté. Il n'est pas contesté que Mme Gosselin a parfois vécu en-deçà du niveau de subsistance minimal fixé par le gouvernement même. En 1987, il en coûtait 152 $ par mois pour se nourrir adéquatement. Le paiement mensuel garanti aux jeunes adultes s'élevait à 170 $. Je ne peux imaginer comment il est possible de soutenir que l'intégrité physique de Mme Gosselin n'a pas été atteinte.

La seule question qui reste à trancher est de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation de Mme Gosselin et informée de toutes les

2002 SCC 84 (CanLII)

dignity had been threatened. The reasonable claimant would have been informed of the legislature's intention to help young people enter the marketplace. She would have been informed that those 30 and over have more difficulty changing careers, and that those under 30 run serious social and personal risks if they do not enter the job market in a timely manner. She would have been told that the long-term goal of the legislative scheme was to affirm her dignity.

circonstances estimerait que sa dignité a été menacée. Le demandeur raisonnable aurait su que le législateur avait l'intention d'aider les jeunes à accéder au marché du travail. Il aurait également su que les 30 ans et plus ont davantage de difficulté à changer de carrière et que les moins de 30 ans courent de graves risques sociaux et personnels s'ils n'entrent pas sur le marché du travail en temps opportun. Enfin, il aurait été informé du fait que l'objectif à long terme du régime législatif était de renforcer sa dignité.

2002 SCC 84 (CanLII)

132 The reasonable claimant would also likely have been a member of the 88.8 percent who were eligible for the programs and whose income did not rise to the levels available to all adults 30 years of age and over. Even if she wished to participate in training programs, she would have found that there were intervals between the completion of one program and the starting of another, during which the amount of her social assistance benefit would have plunged. The reasonable claimant would have made daily life choices in the face of an imminent and severe threat of poverty. The reasonable claimant would likely have suffered malnourishment. She might have turned to prostitution and crime to make ends meet. The reasonable claimant would have perceived that as a result of her deep poverty, she had been excluded from full participation in Canadian society. She would have perceived that her right to dignity was infringed as a sole consequence of being under 30 years of age, a factor over which, at any given moment, she had no control. While individuals may be able to strive to overcome the detriment imposed by merit-based distinctions, Ms. Gosselin was powerless to alter the single personal characteristic that the government's scheme made determinative for her level of benefits.

Le demandeur raisonnable aurait aussi probablement fait partie des 88,8 p. 100 de personnes qui étaient admissibles aux programmes et dont le revenu n'atteignait pas le niveau des prestations accordées à tous les adultes de 30 et plus. Même s'il avait voulu participer aux programmes de formation, il aurait constaté qu'il s'écoulait un délai entre la fin d'un programme et le début d'un autre et le montant de ses prestations d'aide sociale aurait chuté pendant ce délai. Le demandeur raisonnable aurait effectué des choix quotidiens pour contrer une menace imminente et grave de pauvreté. Il aurait probablement souffert de malnutrition. Il aurait pu se tourner vers la prostitution et le crime pour joindre les deux bouts. Le demandeur raisonnable aurait eu le sentiment qu'en raison de sa grande pauvreté, il avait été exclu d'une pleine participation à la société canadienne. Il aurait estimé que son droit à la dignité était violé pour le seul motif qu'il avait moins de 30 ans, alors qu'il n'était pas en mesure de faire quoi que ce soit, à quelque moment que ce soit, pour modifier ce facteur. Bien qu'une personne puisse faire des efforts pour surmonter le désavantage imposé par des distinctions fondées sur le mérite, Mme Gosselin n'avait pas le pouvoir de changer l'unique caractéristique personnelle qui, selon le régime législatif, était déterminante quant au niveau de ses prestations.

133 The reasonable claimant would have suffered, as Ms. Gosselin manifestly did suffer, from discrimination as a result of the impugned legislative distinction. I see no other conclusion but that Ms. Gosselin would have reasonably felt that she was being less valued as a member of society than people 30 and

Le demandeur raisonnable aurait été victime de discrimination, comme ce fut manifestement le cas de Mme Gosselin, en raison de la distinction législative alléguée. Je n'ai d'autre choix que de conclure que Mme Gosselin devait avoir le sentiment raisonnable, d'une part, qu'elle était moins valorisée

over and that she was being treated as less deserving of respect.

(d) *Law's Other Factors*

134 Since I have concluded that finding an individual or group to have suffered a severe harm to a fundamental interest, as a result of a legislative distinction drawn on either an enumerated or analogous ground, is sufficient for a court to conclude that the distinction was discriminatory, it is unnecessary to discuss the remaining *Law* factors. I will, however, do so briefly.

135 In respect of the second factor, there should be a strong presumption that a legislative scheme which causes individuals to suffer severe threats to their physical and psychological integrity as a result of their possessing a characteristic which cannot be changed does not adequately take into account the needs, capacity or circumstances of the individual or group in question. In the present circumstances, the impugned legislation sought to alleviate young adults' experience of poverty by providing them with training. However, the reason that young adults experienced poverty was not a lack of training, but rather a lack of available employment. In any case, a legislative scheme that exposes the members of an enumerated or analogous category, and only those members, to severe poverty *prima facie* does not take into consideration the needs of that category's members.

136 In respect of the third factor, I would like to address an apparent confusion. *Law* states at para. 72:

> An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.

This passage makes clear that the ameliorative purpose must be for the benefit of a group less advantaged than the one targeted by the impugned

comme membre de la société que les personnes de 30 ans et plus et, d'autre part, qu'elle était traitée comme si elle était moins digne de respect.

d) *Les autres facteurs énoncés dans l'arrêt Law*

Puisque j'ai conclu qu'il suffit qu'un tribunal soit d'avis qu'une personne ou un groupe a été victime d'une grave atteinte à un droit fondamental, en raison d'une distinction législative fondée sur un motif énuméré ou analogue, pour lui permettre de statuer que la distinction est discriminatoire, je n'ai pas à examiner les autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Law*. J'en ferai cependant un survol.

En ce qui concerne le deuxième facteur, il devrait exister une forte présomption voulant qu'un régime législatif qui menace sérieusement l'intégrité physique et psychologique de certaines personnes, simplement parce qu'elles possèdent un attribut qui ne peut être changé, ne tienne pas adéquatement compte des besoins, des capacités et de la situation de la personne ou du groupe en cause. En l'espèce, la disposition contestée cherchait à réduire la pauvreté chez les jeunes adultes en leur offrant des programmes de formation. Cependant, la raison pour laquelle les jeunes adultes connaissaient la pauvreté n'était pas attribuable à un manque de formation, mais plutôt à un manque d'emplois. Quoi qu'il en soit, un régime législatif qui expose les membres d'une catégorie énumérée ou analogue, et seulement ceux-ci, à une grande pauvreté ne tient pas compte à première vue des besoins des membres de cette catégorie.

En ce qui concerne le troisième facteur, il semble exister une certaine confusion, que j'aimerais dissiper. L'arrêt *Law* affirme, au par. 72 :

> Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives.

Ce passage établit clairement qu'un objectif d'amélioration doit être à l'avantage d'un groupe moins favorisé que celui visé par la distinction alléguée.

2002 SCC 84 (CanLII)

distinction. The relevant ameliorative purpose under the third factor is not defined with reference to the group that suffers the disadvantage imposed by the impugned distinction.

L'objectif d'amélioration pertinent dont il est question dans le troisième facteur n'est pas défini par rapport au groupe qui est victime du désavantage imposé par la distinction contestée.

137 I stipulated above that youth do not suffer pre-existing disadvantage for the purpose of showing that in circumstances such as the present, a severe negative effect under the fourth factor would be sufficient to establish an infringement of dignity. I did not concede the point, nor do I believe that it should be conceded. The motivation behind the present legislative scheme was precisely to help a young adult population that was in disadvantaged circumstances. If 23 percent of young adults were unemployed by comparison with 14 percent of the general active population, and if an unprecedented number of young people were entering the job market at a time when federal social assistance programs were faltering, I fail to see how young adults did not suffer from a pre-existing disadvantage.

J'ai dit plus haut que les jeunes ne souffrent pas d'un désavantage préexistant dans le but de démontrer que l'existence d'un effet négatif grave selon le quatrième facteur suffirait, dans des circonstances comme celles qui nous occupent, pour établir une atteinte à la dignité. Je n'ai pas concédé ce point et je ne crois pas qu'il devrait l'être. La raison qui a poussé à l'origine le législateur à édicter le régime législatif actuel était précisément sa volonté d'aider une population de jeunes adultes se trouvant dans une situation défavorisée. Si le taux de chômage chez les jeunes adultes était de 23 p. 100 contre 14 p. 100 pour l'ensemble de la population active et si un nombre record de jeunes entrait sur le marché du travail à une époque où les programmes fédéraux d'aide sociale étaient chancelants, je ne vois pas comment on peut conclure que les jeunes adultes n'étaient pas victimes d'un désavantage préexistant.

138 It may be argued that in the long view of history, young people have not suffered disadvantage, and therefore, for the purposes of an equality analysis, a court need not consider young people to suffer from pre-existing disadvantage. This is, however, inconsistent with a basic premise of discrimination law. In *Brooks*, *supra*, this Court held that a disadvantage need not be shared by all members of a group for there to be a finding of discrimination, if it can be shown that only members of that group suffered the disadvantage. This Court held that a distinction drawn on the basis of pregnancy could be found to discriminate against women, since although not all women would become pregnant, only women could. The same conclusion was reached in *Egan*, *supra*, where it did not matter whether the particular claimants would have made net gains by being included in the governmental pension regime at issue. What mattered was that where there was a disadvantage, it fell solely on the basis of sexual orientation.

Si on remonte assez loin dans le cours de l'histoire, on pourrait faire valoir que les jeunes ne sont pas victimes d'un désavantage et qu'un tribunal ne doit donc pas, dans le cadre d'un examen de l'égalité, les considérer victimes d'un désavantage préexistant. Cette prétention est toutefois incompatible avec un principe élémentaire du droit en matière de discrimination. Dans l'arrêt *Brooks*, précité, la Cour a statué qu'il n'est pas nécessaire que le désavantage frappe tous les membres d'un groupe pour qu'il y ait discrimination, à condition qu'il puisse être démontré que seuls des membres de ce groupe sont victimes du désavantage. La Cour a statué que l'on pouvait conclure qu'une distinction fondée sur la grossesse était discriminatoire envers les femmes parce que, bien que toutes les femmes ne soient pas ou ne deviennent pas enceintes, seules les femmes peuvent le devenir. La Cour est arrivée à la même conclusion dans *Egan*, précité, où la question de savoir si les demandeurs en cause auraient ou non réalisé un gain net du fait de leur inclusion dans le régime gouvernemental de pensions n'avait pas d'importance. Ce qui importait, c'était que le désavantage subi, le cas échéant, reposait uniquement sur l'orientation sexuelle.

2002 SCC 84 (CanLII)

139 A unique constellation of circumstances caused a crisis of unemployment, at the historical moment in question, which threatened human dignity in ways that were particularly grievous for young adults. Only youth would suffer from the long-term harms to self-esteem that attend not participating in the workforce at a young age. The reasoning in *Brooks*, *supra*, applied to the present circumstances should lead to the conclusion that while not all members of the class "young adults throughout time" suffered the particular threats to self-esteem that attend youth unemployment, only members of that class, or only "young adults at the relevant time", did. Application of the reasoning in *Brooks* should lead to the conclusion that young adults suffered from a pre-existing disadvantage.

Un ensemble unique de circonstances a provoqué une crise de l'emploi, à l'époque précise ici en cause, et cette crise menaçait de façon particulièrement grave la dignité humaine des jeunes adultes. Seuls les jeunes subiraient les effets négatifs à long terme sur leur estime de soi par suite de leur non-intégration à la population active à un jeune âge. Le raisonnement adopté dans *Brooks*, précité, appliqué aux circonstances de l'espèce, devrait mener à la conclusion que même si tous les membres de la catégorie des « jeunes adultes de toutes les époques » ne voyaient pas leur estime de soi menacée par le chômage des jeunes, seuls les membres de cette catégorie de personnes, ou de la catégorie des « jeunes adultes à l'époque en cause » étaient menacés. L'application du raisonnement suivi dans l'arrêt *Brooks* devrait mener à la conclusion que les jeunes adultes étaient touchés par un désavantage préexistant.

140 The breach of s. 15 was not justified under s. 1 and I concur entirely with my colleague Bastarache J.'s s. 1 analysis on this point.

La violation de l'art. 15 n'était pas justifiée au regard de l'article premier et je souscris entièrement à l'analyse de mon collègue le juge Bastarache sur ce point.

B. *Section 7*

B. *L'article 7*

141 I concur in my colleague Arbour J.'s thorough analysis of s. 7 of the *Canadian Charter* and for the reasons she expresses, I agree that s. 29(*a*) of the Regulation does violate s. 7. I would, however, like to offer a clarification. It is true that the legislature is in the best position to make the allocative choices necessary to implement a policy of social assistance. For a wide variety of reasons, courts are not in the best position to make such choices, and this is why this Court has historically shown judicial deference to governments in these matters. See, e.g., *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; and *Eldridge*, *supra*.

Je souscris à l'analyse approfondie que ma collègue le juge Arbour fait de l'art. 7 de la *Charte canadienne* et, pour les motifs qu'elle exprime, je suis d'avis que l'al. 29*a*) du Règlement contrevient à l'art. 7. J'aimerais toutefois apporter une précision. Certes, c'est le législateur qui est le mieux placé pour faire les choix d'affectation des ressources nécessaires à la mise en œuvre d'une politique d'aide sociale. Pour une vaste gamme de raisons, les tribunaux ne sont pas les mieux placés pour faire ces choix, et c'est pourquoi la Cour a historiquement fait preuve de retenue judiciaire envers les gouvernements en cette matière. Voir par exemple les arrêts *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; et *Eldridge*, précité.

142 However, although governments should in general make policy implementation choices, other actors may aid in determining whether social programs are necessary. In the present case, the government

Toutefois, bien qu'il revienne en général aux gouvernements de faire les choix qui concernent la mise en œuvre des politiques, d'autres acteurs peuvent aider à déterminer si des programmes sociaux

2002 SCC 84 (CanLII)

stated what it considered to be a minimal level of assistance but a claimant can also establish with adequate evidence what a minimal level of assistance would be. An analogy with the jurisprudence on minority language rights instruction may be helpful. In such cases, plaintiffs are able to establish whether "numbers warrant" the provision of minority language instruction even though legislatures and executives are generally given deference with respect to the operational choices that result in facilities being provided. See e.g., *Mahe*, *supra*. The same logic should apply in cases such as the present one.

sont nécessaires. En l'espèce, le gouvernement a établi ce qu'il considérait être le niveau minimal d'aide, mais un demandeur peut aussi établir, au moyen d'une preuve suffisante, ce qui serait un niveau minimal d'aide. Il pourrait s'avérer utile d'établir une analogie avec la jurisprudence sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Dans ce type de cause, un demandeur peut établir si « le nombre justifie » la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité, même si l'on fait généralement preuve de retenue envers la législature et l'exécutif pour ce qui est des choix opérationnels de fournir des établissements. Voir par exemple l'arrêt *Mahe*, précité. La même logique devrait s'appliquer dans les affaires semblables au présent pourvoi.

2002 SCC 84 (CanLII)

143 As regards s. 1, I do not share my colleague Arbour J.'s contextual analysis in all its refinements (paras. 349-58), and prefer the approach to legislative context offered by Gonthier J. in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. The latter wrote (at para. 98):

> The role of this Court, when faced with competing social or political philosophies and justifications dependent on them, is therefore to define the parameters within which the acceptable reconciliation of competing values lies. [Emphasis in original.]

Nonetheless, substantially for the reasons Arbour J. expressed as well as those of Robert J.A.'s dissent in the Quebec Court of Appeal, I agree that the present violation of s. 7 was not justified.

En ce qui concerne l'article premier, je ne souscris pas à l'analyse contextuelle exposée par ma collègue le juge Arbour dans toutes ses subtilités (par. 349-358) et je préfère aborder le contexte législatif selon la méthode exposée par le juge Gonthier dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, par. 98 :

> Face à des philosophies sociales ou politiques opposées et à des justifications fondées sur elles, la Cour est donc appelée à définir les paramètres d'une conciliation acceptable des différentes valeurs en cause. [Souligné dans l'original.]

Néanmoins je conviens, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Arbour et par le juge Robert de la Cour d'appel du Québec, dans sa dissidence, que l'atteinte portée en l'espèce au droit garanti par l'art. 7 n'était pas justifiée.

C. *Section 7 and Section 15*

C. *Les articles 7 et 15*

144 In another context, s. 15 concerns informed my analysis of s. 7. This was appropriate because the provisions of the *Canadian Charter* are to be understood as mutually reinforcing (see, e.g., *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 976). In addition, the equality provision is of foundational importance in the *Canadian Charter*. As McIntyre J. wrote in *Andrews*, *supra*, at p. 185:

Dans un autre contexte, les préoccupations fondées sur l'art. 15 ont éclairé mon analyse de l'art. 7. Il s'agissait d'une démarche appropriée, car il faut considérer les dispositions de la *Charte canadienne* comme se renforçant mutuellement (voir par exemple, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 326; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, p. 976). En outre, la disposition garantissant l'égalité revêt une importance fondamentale dans la *Charte canadienne*. Pour reprendre les propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 185 :

The section 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*.

La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*.

Consequently, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, I brought the lens of the equality guarantee to the appellant's s. 7 claim to state-funded counsel in hearings where the Minister of Health and Community Services sought an extension of a custody order. I found that the claim could only be adequately addressed in light of the appellant's status as a single mother. I wrote (at para. 113):

Par conséquent, dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, j'ai examiné sous l'éclairage de la garantie d'égalité la revendication fondée sur l'art. 7 que l'appelante avait déposée pour obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État au cours des audiences relatives à une demande de prorogation d'une ordonnance de garde présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires. J'ai conclu qu'il fallait tenir compte de la situation de mère célibataire de l'appelante pour trancher convenablement sa revendication. J'ai alors affirmé ce qui suit, au par. 113 :

This case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings. . . .

La présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants . . .

145 Conversely, in the present and similar fact situations, judicial interpretations of s. 15 can be informed by s. 7. To explain why, I revisit my reasons in *Egan*. I wrote (at para. 63):

À l'inverse, en l'espèce et dans des affaires similaires, l'art. 7 peut éclairer l'interprétation judiciaire de l'art. 15. Pour expliquer mon raisonnement, je reprends ce que j'ai écrit dans l'arrêt *Egan*, par. 63 :

[T]he nature, quantum and context of an economic prejudice or denial of such a benefit are important factors in determining whether the distinction from which the differing economic consequences flow is one which is discriminatory. If all other things are equal, the more severe and localized the economic consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

[L]a nature, l'importance et le contexte du préjudice économique ou de la négation de ce bénéfice sont des facteurs importants pour déterminer si la distinction qui entraîne ces conséquences économiques différentes est discriminatoire. Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

If, as in the present case, a harm is visited uniquely upon members of an analogous or enumerated group and is severe enough to give rise to a s. 7 claim, then there will be *prima facie* grounds for a s. 15 claim. This conclusion must follow from the above s. 15 analysis, which places individuals' experience of discrimination at the centre of judicial attention.

Si, comme en l'espèce, un préjudice ne touche que les membres d'un groupe analogue ou énuméré et est suffisamment grave pour donner ouverture à une demande fondée sur l'art. 7, il existera à première vue des motifs justifiant une revendication fondée sur l'art. 15. Cette conclusion découle nécessairement de l'analyse qui précède relativement à l'art. 15, laquelle place la discrimination ressentie par une personne au cœur de l'examen effectué par les tribunaux.

2002 SCC 84 (CanLII)

D. *Section 45 of the Quebec Charter*

I subscribe entirely to the exhaustive analysis of s. 45 of the *Quebec Charter* undertaken by Robert J.A. in his dissenting opinion in the Quebec Court of Appeal. For the reasons he expresses, I conclude as he does as to a violation of s. 45 of the *Quebec Charter* in the present case.

As Robert J.A. states (at p. 1092): [TRANSLATION] "Section 45 of the Quebec Charter thus bears a very close resemblance to article 11 of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*", which, as the Court of Appeal notes, para. 10 of the *Report on the Fifth Session* of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights further specifies as containing: "a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels [of subsistence needs and the provision of basic services]" (*ibid*., at p. 1093).

I am also in agreement that the *Quebec Charter* [TRANSLATION] "was intended to establish a domestic law regime that reflects Canada's international commitments" (p. 1099) and that (at p. 1101)

> [TRANSLATION] the quasi-constitutional right guaranteed by section 45 to social and economic measures susceptible of ensuring an acceptable standard of living includes, at the very least, the right of every person in need to receive what Canadian society objectively considers sufficient means to provide the basic necessities of life.

III. Conclusion

In the result, I agree with the result reached by each of my colleagues Bastarache, Arbour and LeBel JJ. and would allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

This case involves the constitutional review of a provision that existed in the regulations under

D. *L'article 45 de la Charte québécoise*

146 Je souscris entièrement à l'analyse exhaustive que le juge Robert de la Cour d'appel du Québec fait de l'art. 45 de la *Charte québécoise* dans son opinion dissidente. Pour les motifs qu'il exprime, je conclus, comme lui, à la violation en l'espèce des dispositions de l'art. 45 de la *Charte québécoise*.

147 Comme l'affirme le juge Robert de la Cour d'appel, à la p. 1092 : « L'article 45 de la charte québécoise montre ainsi une parenté irréfutable avec l'article 11 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* », qui prévoit également, selon le par. 10 du *Rapport sur la cinquième session* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, comme la Cour d'appel l'a mentionné, « l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel [des besoins de subsistance et la prestation de services de base] » (*ibid.*, p. 1093).

148 Je suis également d'avis que la *Charte québécoise* « a voulu établir un régime de droit interne qui reflète les engagements internationaux du Canada » (p. 1099) et que (à la p. 1101)

> le droit quasi constitutionnel garanti par l'article 45 à des mesures sociales et économiques susceptibles d'assurer un niveau de vie décent comprend à tout le moins le droit pour toute personne dans le besoin d'obtenir ce que la société canadienne considère, de façon objective, comme des moyens suffisants pour subvenir aux nécessités essentielles de la vie.

III. Conclusion

149 En conséquence, je suis d'accord quant au résultat avec chacun de mes collègues les juges Bastarache, Arbour et LeBel et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

150 Le présent pourvoi porte sur le contrôle de la constitutionnalité d'une disposition d'un règlement

2002 SCC 84 (CanLII)

Quebec's *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, between 1984 and 1989. That provision fixed the maximum benefits to be received by single adults under the age of 30 at a level approximately one third that of those 30 years of age and over.

151 The appellant has offered this Court a number of constitutional issues to consider. She claims, on behalf of herself and all single recipients of welfare in the province of Quebec who were under the age of 30 at some point between 1985 and 1989, that the benefits provision violates the right not to be deprived of security of the person under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*" or "*Charter*"), the right to equal treatment before and under the law, protected by s. 15 of the *Canadian Charter*, as well as the right to be provided with a decent level of support, guaranteed by s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*").

152 In making her claim, the appellant is seeking a declaration from this Court that the provision was constitutionally invalid pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and s. 45 of the *Quebec Charter*, as well as damages in the amount of $388,563,316 for benefits denied to the members of the appellant's group, pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter* and the joint operation of ss. 45 and 49 of the *Quebec Charter*, from March 1985 to July 31, 1989.

153 In the end, I conclude that s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, violated the appellant's s. 15 right to equal benefit of the law, and that such discrimination was not justified under s. 1.

II. Legislative History

154 At issue in this case is the differential treatment of social assistance recipients under 30 years of age. This differential treatment is prescribed by s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*. To properly determine whether s. 29(*a*) is discriminatory, it is

d'application de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16. Suivant cette disposition, qui a été en vigueur de 1984 à 1989, les prestations maximales accordées aux bénéficiaires de moins de 30 ans vivant seuls correspondaient environ au tiers de celles accordées aux personnes de 30 ans et plus.

L'appelante a demandé à notre Cour d'examiner un certain nombre de questions constitutionnelles. En son nom et au nom de toutes les personnes seules qui recevaient de l'aide sociale au Québec et qui avaient moins de 30 ans au cours de la période de 1985 à 1989, elle soutient que la disposition touchant les prestations porte atteinte au droit des bénéficiaires à la sécurité de leur personne que garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* » ou la « *Charte* »), au droit à l'égalité devant la loi protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne*, ainsi qu'au droit à des mesures d'assistance susceptibles d'assurer un niveau de vie décent, garanti par l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »).

Dans son action, l'appelante demande à notre Cour de déclarer la disposition contestée invalide par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 45 de la *Charte québécoise*, et de lui accorder, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne* et par l'effet conjugué des art. 45 et 49 de la *Charte québécoise*, des dommages-intérêts de 388 563 316 $ au titre des prestations qui, de mars 1985 au 31 juillet 1989, ont été refusées aux membres du groupe dont elle fait partie.

En définitive, j'estime que l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, a porté atteinte au droit de l'appelante à l'égalité de bénéfice de la loi que lui garantit l'art. 15, et que la discrimination résultant de cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier.

II. L'historique législatif

Le point litigieux en l'espèce est le traitement différent réservé aux bénéficiaires d'aide sociale âgés de moins de 30 ans. Ce traitement différent est prescrit par l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*. Pour être en mesure de déterminer si cet alinéa a un

2002 SCC 84 (CanLII)

necessary to look at the section in its historical context as well as the context of its governing legislation and regulations.

caractère discriminatoire, il est nécessaire de l'examiner dans son contexte historique ainsi que dans le contexte de la législation et de la réglementation pertinentes.

155 The *Social Aid Act* of 1984 grew out of reforms to Quebec social policy that dated back to the late 1960s. The first *Social Aid Act* in Quebec was brought into force in 1970. Prior to that time, Quebec social policy focussed, through a variety of legislative Acts, on the needs of those citizens who were unable to work. The guiding principle for this combination of Acts was that the more incapable one was of working, the greater one's benefits would be. Even at that time, however, some benefits were provided to able-bodied persons. Under this regime, distinctions were made and benefits were based on whether or not one lived with one's parents, and whether one was under 30 years of age. For instance, under the pre-1970 law, a person under 30 who lived with his or her parents would receive $30 a month, while a person who lived on his or her own would receive $55. For those 30 and over, the benefits also varied based on whether they lived in a rural or urban setting. A person 30 and over living alone in the city would be eligible for a $65 benefit, while one living with a parent would receive only $55.

La *Loi sur l'aide sociale* de 1984 est le fruit de réformes apportées en matière de politique sociale au Québec à la fin des années 60. Au Québec, la première *Loi sur l'aide sociale* est entrée en vigueur en 1970. Jusque-là, la politique sociale du Québec s'était attachée, par diverses mesures législatives, à répondre aux besoins des citoyens inaptes au travail. Le principe directeur de ce train de mesures était le suivant : plus la personne était inapte au travail, plus ses prestations étaient élevées. Cependant, même durant cette période, des personnes physiquement aptes au travail recevaient certaines prestations. Ce régime établissait des distinctions et le montant des prestations variait selon que le bénéficiaire vivait ou non chez ses parents ou selon qu'il était ou non âgé de moins de 30 ans. Par exemple, en vertu du régime législatif antérieur à 1970, les personnes de moins de 30 ans vivant chez leurs parents recevaient 30 $ par mois, alors que celles vivant seules touchaient 55 $. Pour les bénéficiaires de 30 ans et plus, le montant des prestations variait également selon que la personne vivait en milieu rural ou en milieu urbain. Les personnes de 30 ans et plus vivant seules en milieu urbain avaient droit à des prestations de 65 $, alors que celles habitant avec leurs parents ne recevaient que 55 $.

156 The reforms of 1969-1970 sought to change the foundational principles of Quebec social policy, moving from a regime based on degree of incapacity to one based on need. Despite this emphasis on need, the distinction between those under 30 and those 30 and over was maintained and incorporated into the new legislation. Whereas the benefits of those 30 and over varied depending on whether or not they lived with their parents (from $75 to $106), those under 30 received only the $75 amount. In other words, those under 30 were deemed to be living with their parents, regardless of their actual circumstances.

Les réformes de 1969 et 1970 visaient à modifier les principes fondamentaux de la politique sociale du Québec, et substituaient à un régime fondé sur le degré d'inaptitude un régime axé sur les besoins. Même si on mettait désormais l'accent sur les besoins, la distinction entre les personnes de moins de 30 ans et celles de 30 ans et plus était maintenue et incorporée à la nouvelle législation. Alors que les prestations touchées par les personnes de 30 ans et plus variaient (de 75 $ à 106 $) selon qu'elles vivaient ou non chez leurs parents, les personnes de moins de 30 ans ne recevaient que 75 $. En d'autres mots, les personnes de moins de 30 ans étaient présumées vivre chez leurs parents, indépendamment de leur situation réelle.

2002 SCC 84 (CanLII)

157 Over the course of the next decade, the benefits for those 30 or over grew at a much faster rate than those for single persons under 30. Apart from several slight adjustments, the under-30 benefits remained stable, while the reforms of 1974 increased the benefits for those 30 and over by 45 percent. Other amendments made in 1975 indexed benefits for those 30 and over to the rate of inflation. By the time the under-30 benefits were indexed, in 1979, they had fallen to 36 percent of those of a similarly situated person 30 and over. In 1969, they had represented 84 percent of the full amount.

Au cours de la décennie qui a suivi, les prestations accordées aux personnes de 30 ans et plus ont progressé à un rythme beaucoup plus rapide que celles accordées aux personnes de moins de 30 ans. Exclusion faite de plusieurs ajustements mineurs, les prestations accordées à ces dernières sont demeurées stables, alors que les réformes de 1974 ont majoré de 45 p. 100 les prestations des 30 ans et plus. D'autres modifications apportées en 1975 ont eu pour effet d'indexer sur le taux d'inflation les prestations des 30 ans et plus. Lorsqu'elles ont été indexées en 1979, le montant des prestations accordées aux moins de 30 ans ne représentait que 36 p. 100 de celles touchées par les 30 ans et plus dans la même situation. En 1969, elles s'élevaient à 84 p. 100 du plein montant.

158 In the early 1980s, the Quebec government, responding to a deep and long-lasting crisis in the North American economy, once again considered reforming its *Social Aid Act*. Between 1981 and 1983, unemployment in Quebec had skyrocketed from traditional levels of around 8 percent to approximately 14 percent. Among young people, the levels of unemployment were even more pronounced. Youth unemployment in 1982 was 23 percent. The difference between youth unemployment and the rate for the general population had never been higher. During this period, the government was also concerned by a change in the composition of social assistance recipients. Between 1975 and 1983, the number of people under 30 on social assistance rose six-fold, to 85 000. This resulted in the proportion of social assistance recipients under 30 rising from 3 to 12 percent. The government was also witnessing an increase in the percentage of able-bodied recipients; it went from 41 percent in 1974 to 75 percent in 1983. At the same time, the government was seeing an increase in the number of recipients with a relatively high level of education.

Au début des années 80, en réponse à une longue et profonde crise économique en Amérique du Nord, le gouvernement du Québec a de nouveau envisagé de réformer sa *Loi sur l'aide sociale*. De 1981 à 1983, le taux de chômage au Québec, qui oscillait normalement aux alentours de 8 p. 100, avait grimpé en flèche, s'établissant approximativement à 14 p. 100. Chez les jeunes, il était encore plus élevé, atteignant 23 p. 100 en 1982. L'écart entre le taux de chômage chez les jeunes et celui de l'ensemble de la population n'avait jamais été aussi grand. Durant cette période, le gouvernement était également préoccupé par le changement dans la composition du groupe des bénéficiaires d'aide sociale. De 1975 à 1983, le nombre de bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans avait sextuplé, atteignant 85 000, faisant passer leur pourcentage de 3 à 12 p. 100. De plus, le gouvernement avait observé un accroissement du nombre des prestataires physiquement aptes au travail, dont le pourcentage avait grimpé de 41 p. 100 en 1974 à 75 p. 100 en 1983. À la même époque, le gouvernement avait constaté une hausse du nombre de bénéficiaires d'aide sociale possédant un niveau de scolarité relativement élevé.

159 In response to this grim picture, the government chose to focus on providing young people with the skills and education required for them to get jobs. At the centre of this new approach were three new programs designed to provide people on social assistance with work experience and education. These

Devant ce sombre tableau, le gouvernement a décidé de s'attacher à fournir aux jeunes les moyens d'acquérir les compétences et les connaissances requises pour se trouver un emploi. Cette nouvelle approche reposait sur trois nouveaux programmes destinés à offrir aux bénéficiaires formation et

2002 SCC 84 (CanLII)

programs were, quite practically, entitled Remedial Education, Community Work and On-the-job Training. Under s. 29(*a*) of the new Regulation, social assistance beneficiaries under 30 would continue to receive a lower level of support (as of 1987 they received $170 per month) than their older counterparts (who were receiving $466 per month), but could have their benefits raised by participating in one of these programs.

The Remedial Education Program was designed to help social assistance recipients return to school to get their high school diploma. For admission to the program, one had to be a recipient of social assistance who had been out of school for more than nine months and who had been financially independent of his or her parents for at least six months. There is evidence that the illiterate were also excluded. While participating in a Remedial Education Program, the beneficiary would receive an increase of $196 per month in his or her social assistance benefits; the participant under 30 years of age was therefore left with $100 less than the base amount for the social assistance beneficiary 30 and over.

The On-the-job Training Program was designed to provide social assistance recipients with real job experience. A participant would be paired with a private or public organization and work for it on a full-time basis. During that time, he or she would receive specialized training. In order to qualify for this program, the potential participant must have been out of school for at least 12 months. Holders of CEGEP or university degrees were excluded from the program. This placement would last one year. During the time that they participated, social assistance beneficiaries would receive an increase of $296 in their benefits, $100 of which was paid by their employer. This increase would leave a person under 30 with the same amount of benefits per month as the base amount for a person 30 and over.

In the Community Work Program, social assistance beneficiaries were paired with community organizations or governmental agencies in order

expérience professionnelle. Ces programmes étaient appelés, fort pertinemment : Rattrapage scolaire, Travaux communautaires et Stages en milieu de travail. En vertu de l'al. 29*a*) du nouveau Règlement, les bénéficiaires de moins de 30 ans continuaient de recevoir une aide inférieure (ils recevaient 170 $ par mois en 1987) à celle accordée à leurs aînés (qui recevaient 466 $ par mois), mais ils pouvaient faire hausser leurs prestations en participant à l'un de ces programmes.

160 Le programme Rattrapage scolaire visait à permettre aux bénéficiaires d'aide sociale de retourner aux études afin qu'ils obtiennent leur diplôme d'études secondaires. Pour être admissibles à ce programme, les candidats devaient être des bénéficiaires d'aide sociale qui avaient abandonné leurs études depuis plus de neuf mois et être financièrement indépendants de leurs parents depuis au moins six mois. La preuve révèle que les personnes analphabètes étaient elles aussi exclues. Les bénéficiaires qui participaient à ce programme voyaient leurs prestations d'aide sociale être haussées de 196 $ par mois; les participants de moins de 30 ans touchaient donc 100 $ de moins que le montant de base accordé aux bénéficiaires de 30 ans et plus.

161 Le programme Stages en milieu de travail quant à lui visait à fournir aux bénéficiaires d'aide sociale de véritables expériences de travail. Le participant était jumelé à un organisme privé ou public pour lequel il travaillait à temps plein. Durant cette période, il recevait une formation spécialisée. Afin d'être admissible à ce programme, le candidat devait avoir quitté les études depuis au moins 12 mois. Les personnes possédant un diplôme d'études collégiales (CÉGEP) ou universitaires étaient exclues de ce programme. Le stage durait un an. Au cours de cette période, les prestations d'aide sociale du bénéficiaire étaient haussées de 296 $, dont une tranche de 100 $ était payée par son employeur. Cet accroissement permettait aux personnes de moins de 30 ans de toucher une somme égale au montant de base accordé aux personnes de 30 ans et plus.

162 Dans le cadre du programme Travaux communautaires, le bénéficiaire d'aide sociale était jumelé à un organisme communautaire ou gouvernemental

2002 SCC 84 (CanLII)

to complete simple tasks. The goal of this program was to provide more rudimentary work-related skills, such as learning to show up on time, to dress properly for work, to file documents and to answer the telephone. Priority for admission to the program was given to those who had been on social assistance for at least one year. As in the case of the On-the-job Training Program, participants received a $296 increase in their benefits, $100 of which was paid by the community organization or government agency.

pour lequel il accomplissait des tâches simples. Ce programme visait à permettre aux participants d'acquérir des habiletés professionnelles plus rudimentaires : apprendre à être ponctuel, à se vêtir correctement pour aller travailler, à classer des documents et à répondre au téléphone. L'admissibilité au programme était accordée en priorité aux personnes qui recevaient de l'aide sociale depuis au moins un an. Tout comme dans le cas du programme Stages en milieu de travail, les participants recevaient des prestations supplémentaires de 296 $, dont une partie — 100 $ — était versée par l'organisme communautaire ou gouvernemental.

163 While all three of these programs were ostensibly designed for social assistance recipients under 30, at least one of the programs was in fact open to some persons 30 and over, who received the same increase in their benefits when they participated. Thus, a recipient under 30 would never receive the same amount as some similarly situated persons 30 and over, since the older person would receive the same extra benefit over and above the base benefit.

Bien que ces trois programmes aient manifestement été conçus pour les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans, il demeure qu'au moins un de ces programmes était également offert à certaines personnes âgées de 30 ans et plus, qui bénéficiaient elles aussi de la même majoration de leurs prestations, lorsqu'elles y participaient. Par conséquent, les bénéficiaires de moins de 30 ans ne recevaient jamais la même somme que certaines personnes de 30 ans et plus se trouvant dans une situation analogue, puisque celles-ci recevaient également la prestation supplémentaire en sus de leur prestation de base.

III. Factual Background

III. Les faits

164 It was under this legislative and regulatory framework that the claimant and class representative in this case, Ms. Gosselin, received assistance between 1984 and her 30th birthday, in 1989. Louise Gosselin was born on July 9, 1959. Her life has not been an easy one. Much of her formative years was spent moving back and forth between her mother's home and various centres d'accueil and foster homes. Health problems, both physical and psychological, also constituted a burden. Despite her desire to finish school, her attempts always seemed to come up short.

C'est pendant que ce régime législatif et réglementaire était en vigueur que la demanderesse et représentante du groupe en l'espèce, Mme Gosselin, a reçu de l'aide sociale, soit de 1984 jusqu'à la date de son trentième anniversaire de naissance, en 1989. Louise Gosselin est née le 9 juillet 1959. Elle n'a pas eu la vie facile. Durant la majeure partie de sa période de développement, elle a été ballottée entre la maison de sa mère et divers centres d'accueil et foyers nourriciers. Des problèmes de santé, tant du point de vue physiologique que psychologique, ajoutaient également à son fardeau. Malgré son désir de terminer l'école, ses efforts en ce sens semblent avoir toujours été infructueux.

165 On the job market, Ms. Gosselin's success was not any more marked. At various times she worked as a nurse's assistant and a waitress but, owing to physical or mental exhaustion, these jobs never

Madame Gosselin n'a pas eu davantage de succès sur le marché du travail. À divers moments, elle a travaillé comme aide-infirmière et serveuse, mais à cause d'épuisement physique ou mental, elle n'a

2002 SCC 84 (CanLII)

lasted for long. Suicides were attempted, alcohol was abused, jobs were hard to come by, and depression ensued. Thus, from the time she was 18 Ms. Gosselin was, for the most part, reliant on social assistance — as was her mother, with whom she often lived.

jamais gardé ces emplois pendant longtemps. Elle a tenté à quelques reprises de se suicider, elle a fait une consommation abusive d'alcool, elle a éprouvé de la difficulté à trouver du travail et elle a souffert de dépression. Par conséquent, à partir de l'âge de 18 ans, Mme Gosselin a, la plupart du temps, vécu de l'aide sociale — tout comme sa mère avec qui elle a souvent habité.

In March of 1985, at the age of 25, Ms. Gosselin contacted her local CLSC (local community service centre) to find out how she might go about finding friends her own age. It was at that time that she was first informed of a program known as "Community Work". In May 1985, she applied and was accepted into the program, working for an organization called "Réveil des assistés sociaux". Through this program she became involved in various committees in which she learned about social assistance law and about the types of programs that were available to assist her. Her participation in the program helped her to meet people and to have more social interactions. However, the program only lasted one year. After she had completed it, she fell back onto the reduced amount and was forced to move back in with her mother. No one suggested another program to her.

166 En mars 1985, alors âgée de 25 ans, Mme Gosselin s'est adressée à son CLSC (centre local de services communautaires) pour demander comment elle pourrait se faire des amis de son âge. C'est à ce moment qu'elle a été mise au courant de l'existence du programme « Travaux communautaires ». En mai 1985, à la suite de sa demande de participation à ce programme, elle a travaillé pour un organisme appelé « Réveil des assistés sociaux ». Dans le cadre de ce programme, elle a commencé à participer aux activités de divers comités, acquérant ainsi des connaissances sur le droit relatif à l'aide sociale et sur les divers programmes existants en la matière et susceptibles de l'aider. Sa participation à ce programme lui a permis de rencontrer des gens et de profiter de plus d'occasions d'interaction sociale. Toutefois, ce programme ne durait qu'un an. Au terme de sa participation à ce programme, ses prestations ont été ramenées à la somme qu'elle recevait avant et elle a dû retourner vivre chez sa mère. Personne ne lui a suggéré de participer à un autre programme.

Living with her mother at the age of 27 was not a comfortable situation; Ms. Gosselin hoped desperately that her luck would turn around. In October of 1986, she was forced, following a change in the building's by-laws, to move out of her mother's one-bedroom apartment. She lived in a variety of rooming houses, and maisons d'accueil, where she faced various types of harassment. At one point, she was able to get a job cleaning homes, but was unable to continue after she was overcome with the fear of being fired. She reluctantly moved back in with her mother.

167 Le fait, à 27 ans, de vivre avec sa mère n'était pas une situation facile. Madame Gosselin espérait désespérément que sa chance tourne. En octobre 1986, à la suite d'une modification du règlement intérieur de l'immeuble qu'habitait sa mère, elle fut contrainte de quitter l'appartement de celle-ci, qui comptait une seule chambre à coucher. Elle a ensuite vécu dans des maisons de chambres et des maisons d'accueil où elle a subi divers types de harcèlement. À un certain moment, elle a décroché un poste de femme de ménage à domicile qu'elle a toutefois été incapable de continuer à occuper, ne pouvant surmonter la crainte d'être congédiée. À contrecœur, elle a de nouveau emménagé chez sa mère.

In November of 1986, she was granted a medical certificate due to her mental state; this allowed her

168 En novembre 1986, elle a obtenu un certificat médical en raison de son état psychologique, ce

2002 SCC 84 (CanLII)

to collect the full benefit under the regulations. She moved out of her mother's apartment in December of that year. A few months later, by happenstance, her father's neighbour offered to arrange a placement for her at Revenu Travail-Quebec as part of the On-the-job Training Program. She worked there for three months, before switching placements to work at a pet store, where she had wanted to work because of her love of animals. Unfortunately, allergies quickly became a problem and she had to leave after only a couple of weeks.

qui lui a permis de percevoir le plein montant des prestations prévu par le règlement. Elle a quitté l'appartement de sa mère en décembre. Quelques mois plus tard, par hasard, le voisin de son père l'a aidée à obtenir un stage à Revenu Travail-Québec dans le cadre du programme Stages en milieu de travail. Elle y est restée pendant trois mois et a ensuite commencé à travailler dans une animalerie où elle avait voulu travailler en raison de son amour pour les animaux. Malheureusement, elle a commencé à souffrir d'allergies et a dû quitter ce travail après seulement quelques semaines.

169 At this point, she fell back onto the reduced benefit and was hospitalized at a psychiatric hospital for two months. Released from the hospital in January 1988, she was once again considered able-bodied and allocated the reduced benefit. She moved through several rooming homes, paying $170 per month for rent while receiving only $188 per month in benefits. In March of 1988, she got her own apartment, paying a rent of $235 per month. To pay for it, she cleaned homes, earning extra money. In order to make ends meet, she ate most of her meals at her mother's house, but sometimes had to resort to soup kitchens. In May of 1988, she hurt her back and was granted a medical certificate.

Elle a alors recommencé à toucher des prestations réduites et été hospitalisée dans un établissement psychiatrique pendant deux mois. Après avoir obtenu son congé de l'hôpital en janvier 1988, elle a à nouveau été considérée physiquement apte au travail et s'est vue accorder les prestations réduites. Elle a vécu dans plusieurs maisons de chambres, où elle payait un loyer mensuel de 170 $, alors que ses prestations ne s'élevaient qu'à 188 $. En mars 1988, elle a loué son propre appartement, dont le loyer mensuel était de 235 $. Pour le payer, elle faisait des ménages pour ajouter à son revenu. Afin de joindre les deux bouts, elle prenait la plupart de ses repas chez sa mère, mais devait parfois aller dans des cuisines populaires. En mai 1988, elle s'est blessée au dos et a obtenu un certificat médical.

170 In September of 1988, she enrolled in the Remedial Education Program and went back to school. While this raised her benefits to $100 less than the base amount, she was terrified that she would not succeed and would be forced back onto the reduced rate. After paying her rent and phone, she was left with only $150 per month, which she had to stretch scrupulously in order to buy food and bus tickets. Finally, in July of 1989, she turned 30 and was allocated the full social assistance benefit. When that benefit was added to the money she received for participating in the Remedial Education Program, her total monthly benefits rose to $739 per month.

En septembre 1988, Mme Gosselin s'est inscrite au programme Rattrapage scolaire et est retournée à l'école. Bien que cette mesure ait eu pour effet de faire hausser ses prestations, qui étaient alors inférieures de 100 $ au montant de base, elle était terrifiée à l'idée d'échouer et d'être contrainte de nouveau de toucher les prestations réduites. Après avoir payé le loyer et les frais de téléphone, il ne lui restait que 150 $ par mois, somme qu'elle devait dépenser parcimonieusement pour s'acheter de la nourriture et des billets d'autobus. Finalement, en juillet 1989, elle a eu 30 ans et a eu droit au plein montant de l'aide sociale, somme qui, majorée de celle qui lui était versée au titre de sa participation au programme Rattrapage scolaire, a fait grimper ses prestations mensuelles à 739 $.

2002 SCC 84 (CanLII)

IV. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Social Aid Act, R.S.Q., c. A-16, as amended by *An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1984, c. 5 (repealed by *An Act respecting income security*, S.Q. 1988, c. 51, s. 92)

5. . . .

Ordinary needs are food, clothing, household and personal requirements and any other costs relating to the habitation of a house or lodging.

All other needs are special needs.

6. Social aid shall meet the ordinary and special needs of any family or individual lacking means of subsistence.

11. The Minister may propose a recovery plan to a family or individual who is receiving or who applies for social aid.

The recovery plan may include, in particular, the participation of an individual or a member of a family in a program of work activities or a training program established by the Minister in view of developing the recipient's qualifications for an employment.

The criteria of eligibility to a program established under the second paragraph may take the recipient's age into account.

11.1 The Government, by regulation, shall designate to which work activities programs or training programs sections 11.2 to 11.4 apply.

11.2 In the case of an individual or a family having no dependent child, needs relating to a recipient's participation in a designated program are special needs to the extent determined by regulation for each program.

In all other cases, needs described in the first paragraph are special needs to the extent determined by the Minister for each recipient, but not in excess of the amount determined by regulation.

31. In addition to the other regulatory powers assigned to it by this act, the Gouvernement [*sic*], subject to the provisions of this act, may make regulations respecting:

. . .

IV. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

171

Loi sur l'aide sociale, L.R.Q., ch. A-16, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1984, ch. 5 (abrogée par la *Loi sur la sécurité du revenu*, L.Q. 1988, ch. 51, art. 92)

5. . . .

Sont des besoins ordinaires la nourriture, le vêtement, les nécessités domestiques et personnelles ainsi que les autres frais afférents à l'habitation d'une maison ou d'un logement.

Tous les autres besoins sont des besoins spéciaux.

6. L'aide sociale comble les besoins ordinaires et spéciaux d'une famille ou personne seule qui est privée de moyens de subsistance.

11. Le ministre peut proposer un plan de relèvement à une famille ou à une personne seule qui reçoit l'aide sociale ou en fait la demande.

Ce plan de relèvement peut notamment comprendre la participation d'une personne seule ou d'un membre d'une famille à un programme d'activités de travail ou de formation établi par le ministre en vue de développer l'aptitude des bénéficiaires à occuper un emploi.

Les critères d'admissibilité à un tel programme peuvent tenir compte de l'âge du bénéficiaire.

11.1 Le gouvernement désigne par règlement les programmes d'activités de travail ou de formation auxquels s'appliquent les articles 11.2 à 11.4.

11.2 Dans le cas d'une personne seule ou d'une famille sans enfant à charge, les besoins relatifs à la participation d'un bénéficiaire à un programme désigné constituent des besoins spéciaux dans la mesure déterminée par règlement pour chaque programme.

Dans les autres cas, ils constituent des besoins spéciaux dans la mesure déterminée par le ministre pour chaque bénéficiaire, sans toutefois excéder le montant déterminé par règlement.

31. En outre des autres pouvoirs de réglementation qui lui sont conférés par la présente loi, le gouvernement peut, sous réserve des dispositions de la présente loi, adopter des règlements concernant :

. . .

2002 SCC 84 (CanLII)

(*e*) the extent to which the ordinary needs of a family or individual may be met through social aid and the methods whereby such needs must be proven and appraised; in determining what the aid shall be, account may be taken of the age or capacity for work of an individual or of the members of a family having no dependent children, having had no children who are deceased, or the fact that a family or individual is living with a relative or a child;

Regulation respecting social aid, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1

(This is the text of the pertinent sections of the Regulation as it appeared on April 17, 1985.)

23. The ordinary needs of a household shall be determined in terms of its members, each month, according to the following scale:

Adults	*Dependent children*	*Ordinary needs*
1	0	357 $
1	1	488
1	2 and over	526
2	0	568
2	1	615
2	2 and over	651

However, the ordinary needs can be accorded only insofar as the costs a household incurs for lodging on a monthly basis within the meaning of section 27 are equal to or greater than 85 $ for a family and 65 $ for a single person. The ordinary needs are reduced by the amount by which these costs fall short of these amounts.

29. Aid for ordinary needs shall not exceed:

(*a*) 121 $ per month, in the case of an individual capable of working and less than 30 years of age;

(*b*) twice the monthly amount prescribed in subparagraph *a* for a family without dependent children, where both consorts are able-bodied and under 30 years of age.

In the case of a family without children receiving uninterrupted aid following an application made before 1 July 1984, subparagraph *b* of the first paragraph does not apply if the said family had a child who died before 1 July 1984.

e) la mesure dans laquelle les besoins ordinaires d'une famille ou d'une personne seule peuvent être comblés au moyen de l'aide sociale et les méthodes suivant lesquelles ces besoins doivent être prouvés et évalués; dans la détermination de l'aide, il peut être tenu compte de l'âge, de l'aptitude au travail d'une personne seule ou des membres d'une famille sans enfant à charge ou n'en ayant pas eu qui soit décédé, ainsi que du fait qu'une famille ou une personne seule vit chez un parent ou un enfant;

Règlement sur l'aide sociale, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1

(Ceci est le texte des articles pertinents du Règlement au 17 avril 1985.)

23. Les besoins ordinaires d'un ménage sont établis en fonction des personnes qui le composent, chaque mois, d'après les barèmes qui suivent :

Adultes	*Enfants à charge*	*Besoins ordinaires*
1	0	357 $
1	1	488
1	2 et plus	526
2	0	568
2	1	615
2	2 et plus	651

Cependant, les besoins ordinaires ne peuvent être accordés que dans la mesure où les frais qu'un ménage encourt pour se loger sur une base mensuelle au sens de l'article 27 sont égaux ou supérieurs à 85 $ pour une famille et à 65 $ pour une personne seule. Les besoins ordinaires sont réduits de la somme par laquelle ces frais sont inférieurs à ces montants.

29. L'aide pour besoins ordinaires ne peut excéder :

a) 121 $ par mois, pour une personne seule apte au travail et de moins de 30 ans;

b) 2 fois le montant prévu au paragraphe *a* par mois, pour une famille sans enfant à charge, si les deux conjoints sont aptes au travail et ont moins de 30 ans.

Dans le cas d'une famille sans enfant qui reçoit de l'aide sans interruption suite à une demande faite avant le 1er juillet 1984, le paragraphe *b* du premier alinéa ne s'applique pas si cette famille a eu un enfant qui est décédé avant le 1er juillet 1984.

2002 SCC 84 (CanLII)

For the month in which the application was made, the amounts prescribed in the first paragraph represent the ordinary needs of the household. The latter are apportioned in the manner indicated in section 10.

35.0.1 Sections 11.2 to 11.4 of the Act shall apply to the following programs established by the Minister under section 11 of the Act:

(*a*) On-the-job Training Program;

(*b*) Community Work Program.

Section 11.2 of the Act shall also apply to the Remedial Education Program.

35.0.2 In order to develop employability, an amount of 150 $ is granted to the single person or to the adult of a family without dependent children for a complete month during which he participates in a program subject to section 35.0.1.

In the case of a participant in the Remedial Education Program whose work load established by the school is less than 60 hours per month, an amount of 150 $ is deducted on the basis of the number of hours of work in relation to 60.

35.0.5 The amount provided in section 35.0.2 or determined by the Minister under section 35.0.3, except for child care expenses, is reduced on the basis of unauthorized hours of absence under programs subject to section 35.0.1 for the said month with respect to the required hours of participation.

In the case of the Remedial Education Program, the deduction is established according to unauthorized hours of absence from classes under this program with respect to the monthly number of class hours.

35.0.6 No reduction is made when the unauthorized hours of absence do not exceed 5 % of the hours of participation established for a participant during the month.

35.0.7 The aid shall also meet the cost required by a person attending a vocational training course that makes this person eligible for an allowance under the National Vocational Training Program Act (S.C., 1980-81-82-83, c. 109).

This cost is equal to the amount of the allowance paid, as reduced under subparagraph *f* of section 40.

For recipients covered by section 29, the cost is equal to the same amount less the difference between ordinary needs under section 23 and the amount prescribed in section 29.

However, it shall not exceed:

Pour le mois de la demande, les montants prévus au premier alinéa représentent les besoins ordinaires du ménage. Ceux-ci sont fractionnés de la manière indiquée à l'article 10.

35.0.1 Les articles 11.2 à 11.4 de la Loi s'appliquent aux programmes suivants établis par le ministre en vertu de l'article 11 de la Loi :

a) le programme Stages en milieu de travail;

b) le programme Travaux communautaires.

L'article 11.2 de la Loi s'applique en outre au programme Rattrapage scolaire.

35.0.2 En vue de développer son aptitude à occuper un emploi, un montant de 150 $ est versé à la personne seule ou à l'adulte d'une famille sans enfant à charge pour un mois complet de participation à un programme visé à l'article 35.0.1.

Dans le cas d'un participant au programme Rattrapage scolaire dont la charge de travail établie par l'institution scolaire est inférieure à 60 heures par mois, le montant de 150 $ est réduit au prorata du nombre d'heures de charge de travail par rapport à 60.

35.0.5 Le montant prévu à l'article 35.0.2 ou déterminé par le ministre en vertu de l'article 35.0.3, sauf quant aux frais de garde, est réduit au prorata des heures d'absence non autorisée en vertu des programmes visés à l'article 35.0.1 au cours de ce mois par rapport aux heures de participation exigées.

Dans le cas du programme Rattrapage scolaire, la réduction est établie en fonction des heures d'absence non autorisée aux cours en vertu de ce programme par rapport au nombre d'heures de cours par mois.

35.0.6 Aucune réduction n'est faite si les heures d'absence non autorisée ne totalisent pas plus de 5 % des heures de participation fixées pour un participant au cours de ce mois.

35.0.7 L'aide comble également le coût nécessité par le fait qu'une personne suive un cours de formation professionnelle qui la rend admissible à une allocation visée dans la Loi constituant un programme national de formation professionnelle (S.C., 1980-81-82-83, chap. 109).

Ce coût est égal au montant de l'allocation versée, telle que réduite en vertu du paragraphe *f* de l'article 40.

Dans le cas des bénéficiaires visés à l'article 29, ce coût est égal au même montant, duquel on soustrait la différence entre les besoins ordinaires déterminés à l'article 23 et le montant prévu à l'article 29.

Dans tous les cas, ce coût ne peut toutefois excéder :

2002 SCC 84 (CanLII)

i. for a family, 40 $ plus 5 $ per dependent child, plus 50 $ in the case of a family including only one adult;

ii. for a single person, 25 $;

The maximum provided in the fourth paragraph shall not apply to the month in which courses begin if aid for ordinary needs has been granted for at least 3 consecutive months without this paragraph having been applied during the six preceding months.

Section 35.0.2 was amended, effective August 1, 1985, by O.C. 1542-85, 24 July 1985, (1985) 117 O.G. II 3690, s. 1 as follows:

35.0.2 To assist in developing aptitudes for work, an amount is granted as a special need to the single person or to a spouse in a family without dependent children, for a complete month of participation in a program subject to section 35.0.1.

This amount is equal to the amount obtained when 100 $ is subtracted from the difference between the amount paid subject to the first paragraph of section 23, taking into account section 31, to a single person under 30 years of age and the maximum amount paid under section 29, taking into account section 31, to a single person under 30 years of age.

In the case of a participant in the Remedial Education Program whose course schedule is under 60 hours per month, the amount is reduced to a prorata of the number of actual course hours with respect to 60.

The Regulation was amended, effective April 30, 1986, by *Regulation respecting social aid (Amendment)*, O.C. 555-86, 23 April 1986, (1986) 118 O.G. II 605, ss. 1, 3:

23. The ordinary needs of a household shall be determined in terms of its members, each month, according to the following scale:

Adults	*Dependent children*	*Ordinary needs*
1	0	448
1	1	609
1	2 and over	659
2	0	712
2	1	769
2	2 and over	815

i. pour une famille, un montant égal à 40 $ plus 5 $ par enfant à charge, plus 50 $ dans le cas d'une famille comprenant un seul adulte;

ii. Pour une personne seule, un montant égal à 25 $;

Le maximum prévu au quatrième alinéa ne s'applique pas pour le mois où débutent les cours si l'aide pour besoins ordinaires est versée depuis au moins trois mois consécutifs sans que le présent alinéa ne se soit appliqué dans les six mois précédents.

L'article 35.0.2 a été modifié par le décret 1542-85, le 24 juillet 1985, (1985) 117 G.O. II 5318, art. 1, et la modification est entrée en vigueur le 1er août 1985 :

35.0.2 En vue de développer son aptitude à occuper un emploi, un montant est versé à titre de besoin spécial à la personne seule ou à l'adulte d'une famille sans enfant à charge pour un mois complet de participation à un programme visé à l'article 35.0.1.

Ce montant est égal au montant obtenu en soustrayant 100 $ à la différence entre le montant versé suivant le premier alinéa de l'article 23, compte tenu de l'article 31, à une personne seule de 30 ans et plus et le montant maximum versé suivant l'article 29, compte tenu de l'article 31, à une personne seule de moins de 30 ans.

Dans le cas d'un participant au programme Rattrapage scolaire dont la charge de travail établie par l'institution scolaire est inférieure à 60 heures par mois, ce montant est réduit au prorata du nombre d'heures de charge de travail par rapport à 60.

Le Règlement a été modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur l'aide sociale*, pris par le décret 555-86, le 23 avril 1986, (1986) 118 G.O. II 1193, art. 1, 3, et la modification est entrée en vigueur le 30 avril 1986 :

23. Les besoins ordinaires d'un ménage sont établis en fonction des personnes qui le composent, chaque mois, d'après le barème qui suit :

Adultes	*Enfants à charge*	*Besoins ordinaires*
1	0	448
1	1	609
1	2 et plus	659
2	0	712
2	1	769
2	2 et plus	815

2002 SCC 84 (CanLII)

However, the ordinary needs of a household living with a parent or a child are reduced by 85 $.

In all other cases, the ordinary needs are reduced by the amount by which the costs incurred by the household for lodging on a monthly basis within the meaning of section 27 are less than 85 $ for a family or less than 65 $ for a single person.

29. Aid for ordinary needs shall not exceed:

(*a*) 163 $ per month, in the case of an individual capable of working and less than 30 years of age;

(*b*) twice the monthly amount prescribed in subparagraph *a* for a family without dependent children, where both consorts are able-bodied and under 30 years of age.

The amounts provided for in the first paragraph are increased by 8 $ per adult except:

(*a*) when the household lives with a parent or child;

(*b*) when a single person lives with a foster family;

(*c*) when the household lives in housing administered by a municipal housing bureau constituted under the Act respecting the Société d'habitation du Québec (R.S.Q., c. S-8).

In the case of a family without children receiving uninterrupted aid following an application made before 1 July 1984, subparagraph *b* of the first paragraph does not apply if the said family had a child who died before 1 July 1984.

For the month in which the application was made, the amounts prescribed in the first paragraph represent the ordinary needs of the household. The latter are apportioned in the manner indicated in section 10. [Emphasis added.]

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

Toutefois, les besoins ordinaires d'un ménage qui vit chez un parent ou un enfant sont réduits de 85 $.

Dans les autres cas, les besoins ordinaires sont réduits de la somme par laquelle les frais encourus par le ménage pour se loger sur une base mensuelle au sens de l'article 27 sont inférieurs à 85 $ pour une famille ou à 65 $ pour une personne seule.

29. L'aide pour besoins ordinaires ne peut excéder :

a) 163 $ par mois, pour une personne seule apte au travail et de moins de 30 ans;

b) 2 fois le montant prévu au paragraphe *a* par mois, pour une famille sans enfant à charge, si les deux conjoints sont aptes au travail et ont moins de 30 ans.

Les montants prévus au premier alinéa sont majorés de 8 $ par adulte sauf :

a) lorsque le ménage vit chez un parent ou enfant;

b) lorsqu'une personne seule est hébergée dans une famille d'accueil;

c) lorsque le ménage habite un logement administré par un office municipal d'habitation constitué en vertu de la Loi sur la Société d'habitation du Québec (L.R.Q., c. S-8).

Dans le cas d'une famille sans enfant qui reçoit de l'aide sans interruption suite à une demande faite avant le 1er juillet 1984, le paragraphe *b* du premier alinéa ne s'applique pas si cette famille a eu un enfant qui est décédé avant le 1er juillet 1984.

Pour le mois de la demande, les montants prévus au premier alinéa représentent les besoins ordinaires du ménage. Ceux-ci sont fractionnés de la manière indiquée à l'article 10. [Je souligne.]

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou d'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

2002 SCC 84 (CanLII)

45. Every person in need has a right, for himself and his family, to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living.

45. Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to punitive damages.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

53. If any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter.

53. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

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.

Charte canadienne des droits et libertés

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.

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.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

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.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

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.

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

. . .

. . .

2002 SCC 84 (CanLII)

(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.

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.

Act respecting the Constitution Act, 1982, R.S.Q., c. L-4.2

1. Each of the Acts adopted before 17 April 1982 is replaced by the text of each of them as they existed at that date, after being amended by the addition, at the end and as a separate section, of the following:

"This Act shall operate notwithstanding the provisions of sections 2 and 7 to 15 of the Constitution Act, 1982 (Schedule B of the Canada Act, chapter 11 in the 1982 volume of the Acts of the Parliament of the United Kingdom)."

The text so amended of each of these Acts constitutes a separate Act.

No such Act is to be construed as new law except for the purposes of section 33 of the Constitution Act, 1982; for all other purposes, it has force of law as if it were a consolidation of the Act it replaces.

Every provision of such an Act shall have effect from the date the provision it replaces took effect or is to take effect.

Such an Act must be cited in the same manner as the Act it replaces.

V. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*, [1992] R.J.Q. 1647

In his reasons of May 27, 1992, Reeves J. ruled in favour of the defendant government, holding that the legislation in question did not infringe any of the rights claimed by the plaintiff.

With regard to the claim under s. 7 of the *Canadian Charter*, Reeves J. characterized life, liberty and security of the person as rights that do not include purely economic interests. He founded this

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.R.Q., ch. L-4.2

1. Chacune des lois adoptées avant le 17 avril 1982 est remplacée par le texte de chacune de ces lois telles qu'elles existaient à cette date, après l'avoir modifiée par l'addition, à la fin et comme article distinct, de ce qui suit :

« La présente loi a effet indépendamment des dispositions des articles 2 et 7 à 15 de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi sur le Canada, chapitre 11 du recueil des lois du Parlement du Royaume-Uni pour l'année 1982). »

Le texte ainsi modifié de chacune de ces lois constitue une loi distincte.

Une telle loi ne fait office de droit nouveau qu'aux fins de l'article 33 de la Loi constitutionnelle de 1982; à toutes autres fins, elle a force de loi comme s'il s'agissait d'une refonte de la loi qu'elle remplace.

Chacune des dispositions d'une telle loi a effet à compter de la date où la disposition qu'elle remplace a pris effet ou doit prendre effet.

Une telle loi doit être citée de la même façon que la loi qu'elle remplace.

V. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec*, [1992] R.J.Q. 1647

172 Dans ses motifs datés du 27 mai 1992, le juge Reeves de la Cour supérieure du Québec a statué en faveur du gouvernement défendeur, estimant que la mesure législative en question ne portait atteinte à aucun des droits invoqués par la demanderesse.

173 Relativement à la demande fondée sur l'art. 7 de la *Charte canadienne*, le juge Reeves a considéré que le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ne comporte pas

2002 SCC 84 (CanLII)

conclusion on the fact that the right to property was specifically excluded from the *Canadian Charter* at the time of its drafting. Moreover, he noted that s. 7, along with ss. 8 to 14 of the *Canadian Charter*, fell under the heading "Legal Rights", thus requiring a link to the administration of justice. Finally, he held that the term "security of the person" did not apply to the benefit of social assistance because such a right would require the state to take positive actions. Reeves J. held that s. 7 protects only negative rights, such as the right to be free of any state intrusion upon the security of one's person.

d'intérêts de nature purement économique. Il a fondé sa conclusion sur le fait que le législateur a écarté de façon particulière l'inscription du droit à la propriété dans la *Charte canadienne*. De plus, le juge Reeves a précisé que l'art. 7 de même que les art. 8 à 14 de la *Charte canadienne* figurent sous la rubrique « Garanties juridiques » et que, de ce fait, il est nécessaire d'établir l'existence d'un lien avec l'administration de la justice. Enfin, il a affirmé que l'expression « sécurité de [l]a personne » ne saurait inclure le droit à l'assistance sociale, puisqu'un tel droit exigerait de l'État qu'il prenne des mesures concrètes. Le juge Reeves a conclu que l'art. 7 ne protège que des droits « négatifs », par exemple le droit de l'individu de ne pas être victime d'atteinte par l'État à la sécurité de sa personne.

174 In analysing the discriminatory nature of the legislation under s. 15 of the *Canadian Charter*, Reeves J. emphasized the fact that not all differences in treatment will result in discrimination. He held that the essence of equality is a respect for differences, and that substantive equality did not necessarily signify uniformity of treatment — different people must sometimes be treated differently. He therefore concluded that the Act was not discriminatory because young adults generally have a better chance of integrating into the job market and need to be encouraged to do so. Moreover, he found that since participation in the employment programs would result, under the law, in an income for young adults equal to that of those 30 or over, equality could be achieved, and thus there was no discrimination.

Dans son analyse du caractère discriminatoire du texte de loi au regard de l'art. 15 de la *Charte canadienne*, le juge Reeves a insisté sur le fait que les différences de traitement n'entraînent pas toutes de la discrimination. Il a estimé que l'essence de l'égalité est le respect des différences, et qu'égalité réelle ne signifie pas nécessairement uniformité de traitement — certaines personnes devant parfois être traitées différemment des autres. Il a en conséquence conclu que le texte de loi contesté n'était pas discriminatoire, étant donné que les jeunes adultes ont généralement de meilleures chances de s'intégrer dans la population active et qu'il faut les encourager à le faire. En outre, il a jugé que, comme la participation aux programmes d'emploi permettait aux jeunes adultes de toucher, en vertu de la loi, un revenu égal à celui des bénéficiaires de 30 ans et plus, l'égalité pouvait être réalisée et que, par conséquent, il y avait absence de discrimination.

175 On the s. 45 of the *Quebec Charter* issue, Reeves J. held that the term "provided for by law" limited the obligation that this section places on the government. As a result of this wording, he held that the government was free to limit the obligations that it undertook in providing financial and social assistance. More importantly, Reeves J. held that since s. 52 stipulates that "No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38", it does not apply to s. 45. He therefore concluded that s. 45 could not confer the right

En ce qui concerne la question de l'art. 45 de la *Charte québécoise*, le juge Reeves a conclu que l'expression « prévues par la loi » limite l'obligation que cette disposition impose à l'État et que, en conséquence, le législateur était libre de limiter les obligations qu'il prenait en accordant de l'aide financière et sociale. Élément plus important encore, le juge Reeves a estimé que, comme l'art. 52 dispose qu'« [a]ucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38 », cet article ne s'applique pas à l'art. 45. En

2002 SCC 84 (CanLII)

to damages and serves only as a general statement of policy by the Quebec legislature.

conséquence, il a jugé que l'art. 45 ne pouvait conférer le droit à des dommages-intérêts et qu'il constitue seulement un énoncé général de politique par le législateur québécois.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 1033

B. *Cour d'appel du Québec*, [1999] R.J.Q. 1033

The claimant appealed the case to the Quebec Court of Appeal. In its decision of April 23, 1999, the Court of Appeal dismissed the appeal, Robert J.A. dissenting. The court ruled in three separate judgments, each judge deciding differently with regards to the application of s. 15 of the *Canadian Charter*.

176 La demanderesse a interjeté appel auprès de la Cour d'appel du Québec, qui l'a déboutée dans une décision rendue le 23 avril 1999, le juge Robert étant dissident. Les trois juges ont exposé des motifs, chacun statuant différemment sur l'application de l'art. 15 de la *Charte canadienne*.

The three justices, Robert, Baudouin and Mailhot JJ.A., agreed that s. 7 was not violated. Their primary reason for reaching this conclusion was that s. 7 of the *Canadian Charter* was designed to protect legal rights. Here, they found that there was not a sufficient link between the appellant's claim and the justice system. They also rejected the appellant's argument that the government's institution of a social assistance program had somehow created a right to social assistance protected by the right to security of the person. In taking this position, Robert and Baudouin JJ.A., who both wrote on the issue, held that s. 7 of the *Canadian Charter* only applied to negative rights and not to the positive social rights being claimed by the appellant.

177 Les juges Robert, Baudouin et Mailhot étaient tous d'avis qu'il n'y avait pas violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Cette conclusion reposait principalement sur le fait que cet article vise à protéger les garanties juridiques. En l'espèce, ils ont conclu à l'absence de lien suffisant entre la demande de l'appelante et le système de justice. Ils ont également rejeté l'argument de celle-ci voulant que l'établissement par le gouvernement d'un programme d'aide sociale avait d'une certaine façon créé un droit à l'aide sociale garanti par le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Les juges Robert et Baudouin, qui ont tous deux écrit sur cette question, ont estimé que l'art. 7 de la *Charte canadienne* ne s'applique qu'aux droits « négatifs » et non aux droits de nature sociale « positifs » revendiqués par l'appelante.

The three justices offered separate analysis of the s. 15 claim. Mailhot J.A. held that under the test set out by this Court in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the legislation did not constitute an infringement of s. 15. She held that, as in *Law*, the distinction that this legislation made on the basis of age, when viewed in the context of the legislation as a whole, is not an affront to human dignity.

178 Chaque juge a fait sa propre analyse de l'argument fondé sur l'art. 15. Madame le juge Mailhot a estimé que, suivant le critère formulé par notre Cour dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le texte de loi contesté ne portait pas atteinte aux droits garantis à l'art. 15 et que, tout comme dans cet arrêt, la distinction fondée sur l'âge établie par le texte de loi ne constituait pas un affront à la dignité humaine lorsqu'on l'examinait dans le contexte de l'ensemble de la législation pertinente.

Robert J.A. held that the legislation constituted a violation of s. 15 that was not demonstrably justified under s. 1. Having established that s. 29(*a*) of the Regulation created a distinction on the basis of the

179 Le juge Robert a conclu que la disposition contestée portait atteinte aux droits garantis par l'art. 15 et que cette atteinte ne pouvait être justifiée suivant l'article premier. Après avoir déterminé que

2002 SCC 84 (CanLII)

enumerated characteristic of age, Robert J.A. turned to the question of whether the legislation was substantively discriminatory under the terms of s. 15 of the *Canadian Charter*. In so doing, he examined the effects of the legislation and placed considerable weight on the evidence that 73 percent of all social assistance recipients under the age of 30 received only the reduced benefit. He found that there was enough evidence to show that the effect of the legislation was to deny to those under 30 an advantage of the law enjoyed by those 30 and over.

l'al. 29*a*) du Règlement établissait une distinction fondée sur un motif énuméré — l'âge —, le juge Robert s'est demandé si cette disposition était source de discrimination réelle au regard de l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Ce faisant, il s'est interrogé sur les effets de la disposition et accordé beaucoup d'importance au fait que 73 p. 100 de tous les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans avaient reçu uniquement les prestations réduites. Il a estimé qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve établissant que la disposition contestée avait eu pour effet de priver les personnes de moins de 30 ans du bénéfice de la loi accordée aux 30 ans et plus.

180 He was also particularly concerned by the fact that there were not enough places available in the programs in order for every young person on social assistance to have participated. Moreover, he found that, even when an individual did take part in one of the educational programs, there were periods, such as when they were on waiting lists, during which they only received the smaller amount. This weighed in favour of a finding of discrimination. He also noted that because the Remedial Education Program provided increased benefits amounting to $100 less than the base amount, only 11 percent of the young people in the group actually received the base amount allocated to all those 30 and over. He concluded that the legislation was discriminatory and harmful to the dignity of the appellant and members of her group; there was therefore a violation of s. 15 of the *Canadian Charter*.

Le juge Robert était également très préoccupé par le fait qu'il n'y avait pas suffisamment de places pour permettre à tous les prestataires de moins de 30 ans de participer aux programmes. Qui plus est, il a constaté qu'il y avait des périodes où, même si une personne était inscrite à l'un des programmes de formation, elle continuait de recevoir les prestations réduites, par exemple lorsque son nom figurait sur une liste d'attente. Ce facteur incitait à conclure à l'existence de discrimination. Le juge Robert a aussi fait remarquer que, du fait que les prestations majorées versées dans le cadre du programme Rattrapage scolaire étaient inférieures de 100 $ au montant de base, seulement 11 p. 100 des prestataires de moins de 30 ans dans le groupe avaient reçu le montant de base accordé aux 30 ans et plus. Il a conclu que le texte de loi était discriminatoire et avait porté atteinte à la dignité de l'appelante et à celle des membres de son groupe, et qu'il y avait eu en conséquence violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne*.

181 While they agreed on the application of s. 15, Robert and Baudouin JJ.A. differed in their s. 1 analysis. Robert J.A. held that the provision was not demonstrably justifiable in a free and democratic society, while Baudouin J.A. found that the government had met its burden and upheld the law under s. 1.

Bien que d'accord sur l'application de l'art. 15, les juges Robert et Baudouin ont divergé d'opinion dans leur analyse fondée sur l'article premier. Le juge Robert a estimé que la disposition contestée ne pouvait se justifier dans une société libre et démocratique, alors que le juge Baudouin a conclu que le gouvernement s'était acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait et il a confirmé la validité de cette disposition au regard de l'article premier.

182 In defining the objective of the legislation, Robert J.A. held that the differentiation served two

En définissant l'objectif de la loi, le juge Robert a estimé que la distinction servait deux objectifs, soit

2002 SCC 84 (CanLII)

objectives, [TRANSLATION] "(1) to avoid making the program too attractive, and (2) to encourage incitement to work and reintegration into the workplace" (p. 1073). Given the economic situation of the early 1980s, Robert J.A. found that these objectives, particularly that of encouraging integration into the workplace, were pressing and substantial.

Under the heading of minimal impairment, Robert J.A. found that the regime of conditional aid for young people did not limit the right as little as possible. For the most part, he based this finding on the fact that the option of participation in the employment programs was limited by the number of places made available, the lack of information offered to beneficiaries about these programs, and the various criteria which guaranteed that not all those who wished to participate would have that opportunity. The fact that the Remedial Education Program did not result in a complete supplementation of the lower level of assistance was another factor that led him to conclude that the regime was not minimally impairing.

For the legislation to have been upheld at this stage of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), Robert J.A. held that the government would have had to have shown that the criteria for admission to the educational programs were flexible enough to allow anyone under the age of 30 to be admitted and that the government was acting in a reasonable manner in determining the conditions under which a young beneficiary would be able to receive an increase in assistance. In his view, it is reasonable to expect that the government should offer such flexibility given that young adults would otherwise receive assistance that was one third of that received by those 30 or over, well below a subsistence level. Robert J.A. therefore concluded that the distinction in benefits created by s. 29(*a*) of the Regulation could not be justified under s. 1 of the *Canadian Charter*.

celui « 1) d'éviter l'effet d'attraction au régime et [celui] 2) de favoriser l'incitation et la réintégration au travail » (p. 1073). Compte tenu de la situation économique qui existait au début des années 80, il a jugé que ces objectifs, notamment l'incitation à réintégrer le marché du travail, avaient un caractère urgent et réel.

183 En ce qui concerne l'atteinte minimale, le juge Robert a conclu que le régime d'aide conditionnelle ne portait pas atteinte le moins possible au droit concerné. Il a fondé sa conclusion en grande partie sur les éléments suivants : le fait que la possibilité de participer aux programmes d'emploi était limitée par le nombre de places disponibles, le peu d'information qui était donné aux prestataires sur ces programmes et l'existence de critères d'admissibilité faisant nécessairement en sorte que les intéressés n'auraient pas tous la chance de participer à ceux-ci. Enfin, le fait que le programme Rattrapage scolaire ne permettait pas aux intéressés de hausser complètement les prestations réduites au niveau de base est un autre facteur qui a amené le juge Robert à conclure que le régime ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale.

184 De conclure le juge Robert, pour que la validité de la disposition contestée soit maintenue à cette étape de l'application du critère établi dans l'arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), il aurait fallu que le gouvernement démontre, d'une part, que les conditions d'admissibilité aux programmes de formation étaient suffisamment souples pour que toute personne de moins de 30 ans puisse y participer et, d'autre part, qu'il avait agi de façon raisonnable en fixant les conditions permettant aux jeunes bénéficiaires de toucher des prestations majorées. De l'avis du juge Robert, il était raisonnable de s'attendre à ce que le gouvernement fasse preuve d'une telle souplesse, sinon les jeunes adultes ne recevraient qu'une aide égale au tiers de celle touchée par les prestataires de 30 ans et plus et de ce fait bien inférieure au niveau de subsistance. Le juge Robert a en conséquence conclu que la distinction établie par l'al. 29*a*) du Règlement relativement au montant des prestations ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*.

2002 SCC 84 (CanLII)

185 Baudouin J.A. disagreed with Robert J.A.'s approach to the minimal impairment issue. He approached the analysis with considerable reticence, given the fact that, in his view, [TRANSLATION] "it is easy for the courts, several years after the alleged infringement, in an entirely different context and without the political, economic and social constraints of governments, to criticize their decisions and set themselves up as legislators" (p. 1045).

Le juge Baudouin n'a pas souscrit à l'analyse du juge Robert sur la question de l'atteinte minimale. Il a abordé cette analyse avec beaucoup de circonspection car, à son avis, « il est facile pour les tribunaux, plusieurs années après l'atteinte reprochée, dans un tout autre contexte et sans les contraintes politiques, économiques et sociales des gouvernements, de critiquer leurs décisions et de s'ériger eux-mêmes en législateur » (p. 1045).

186 While he agreed that the educational programs put into place were not a success, he found that the failure of these programs could not be linked to the conditions that were placed on participation. In this case, he placed some responsibility on the members of the group for having chosen not to participate in the programs. Moreover, he disagreed with the importance that Robert J.A. gave to the fact that there were not enough spaces available for all those under 30 to have participated, holding that it would be absurd for the government to have been forced to open 75 000 places when not even the 30 000 available places were filled.

Bien que lui aussi d'avis que les programmes de formation mis en place n'avaient pas été un succès, le juge Baudouin a estimé que l'échec de ces programmes ne pouvait être lié aux conditions de participation à ceux-ci. Il a imputé une partie de cet échec aux membres du groupe qui ont choisi de ne pas y participer. De plus, le juge Baudouin a estimé que le juge Robert avait accordé trop d'importance au fait que les programmes n'étaient pas en mesure d'accueillir tous les prestataires de moins de 30 ans, jugeant qu'il aurait été absurde d'obliger le gouvernement à ouvrir 75 000 places alors que les 30 000 places disponibles n'étaient même pas remplies.

187 Thus, Baudouin J.A. concluded that the government had met its burden of showing that its programs were minimally impairing and that its deleterious effects were reasonably proportional to the salutary effects. In doing so, he emphasized that just because a program is not a success should not be enough for a court to conclude that the means were not proportional to the objective sought.

Par conséquent, le juge Baudouin a conclu que le gouvernement s'était acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir que ses programmes ne constituaient qu'une atteinte minimale et qu'il existait une proportionnalité raisonnable entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques. À cet égard, il a souligné que le seul fait qu'un programme ne soit pas une réussite ne permet pas à un tribunal de conclure à l'absence de proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif visé.

188 Because he was the only justice to find that there had been a *Canadian Charter* infringement that was not upheld by s. 1, Robert J.A. was the only one to deal with the issue of remedy. He held that the most appropriate remedy would be to declare both ss. 29(*a*) and 23 of the Regulation invalid, since it was clear that the government would not have adopted that regulation without s. 29(*a*). However, due to the consequences of such a declaration, he held that it should be suspended for a period.

Ayant été le seul à conclure à l'existence d'une violation de la *Charte canadienne* qui ne pouvait être justifiée suivant l'article premier, le juge Robert a en conséquence été le seul à examiner la question de la réparation. Il a estimé que celle qui convenait le mieux en l'espèce consistait à déclarer inopérants et l'al. 29*a*) et l'art. 23 du Règlement, puisqu'il était évident que le législateur n'aurait pas pris le texte réglementaire en question sans l'al. 29*a*). Cependant, vu les conséquences d'une telle déclaration, le juge Robert a conclu qu'il y avait lieu d'en suspendre l'effet pendant un certain temps.

2002 SCC 84 (CanLII)

2002 SCC 84 (CanLII)

Robert J.A. then rejected the appellant's claim for compensation for herself and the members of her class. In order for damages to be ordered following a s. 52 declaration of unconstitutionality, he held that there had to be some correlation between the remedy ordered under s. 52 and s. 24(1): *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347.

189 Le juge Robert a ensuite rejeté la demande d'indemnisation présentée par l'appelante pour elle-même et pour les membres du groupe qu'elle représente. Pour que des dommages-intérêts puissent être accordés par suite d'une déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'art. 52, le juge a précisé qu'il doit exister une certaine corrélation entre la réparation accordée en vertu de l'art. 52 et celle fondée sur le par. 24(1) : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347.

On the issue of s. 45 of the *Quebec Charter*'s application to this case, two separate sets of reasons were delivered by the Court of Appeal. Baudouin J.A., Mailhot J.A. concurring, held that s. 45 had not been infringed. In interpreting the wording of the section, Baudouin J.A. held that the legislature would not, through s. 45, have adopted an obligation as massive as that of providing social assistance, while setting out strict limitations for the other economic rights. He therefore held that s. 45, like the other sections in the economic rights chapter of the *Quebec Charter*, only provided Quebec residents with a right to be provided access to whatever social assistance might exist, without discrimination.

190 Relativement à l'application de l'art. 45 de la *Charte québécoise* en l'espèce, deux juges ont exposé des motifs sur la question. Le juge Baudouin, avec l'appui du juge Mailhot, a conclu à l'absence de violation de l'art. 45. Dans son interprétation du libellé de cette disposition, le juge Baudouin a affirmé que le législateur ne se serait pas imposé, au moyen de cet article, une obligation aussi considérable que celle de fournir une assistance financière, tout en assortissant de limites strictes les autres droits économiques. Le juge Baudouin a en conséquence estimé que, à l'instar des autres articles du chapitre relatif aux droits économiques de la *Charte québécoise*, l'art. 45 ne fait que garantir aux résidents du Québec un droit d'accès, sans discrimination, aux mesures d'assistance financière susceptibles d'exister.

Upon examination of the context, as well as the language used in the adjoining sections, Robert J.A. held that s. 45 did in fact create a positive right to social assistance, and that it had been infringed. Whereas the other sections of the economic rights chapter of the *Quebec Charter* were drafted with explicit limitations, such as "to the extent provided by law" (emphasis added) in s. 44, in the case of s. 45 there is a specifically different phrasing that is not used in any other section. Robert J.A. held that these differences must mean something; he found that s. 45 did not contain an internal limitation.

191 Après avoir examiné le contexte, de même que le libellé des dispositions voisines, le juge Robert a conclu que l'art. 45 crée effectivement un droit positif à l'aide sociale et que ce droit avait été violé. Alors que les autres dispositions du chapitre sur les droits économiques de la *Charte québécoise* sont assorties de limites expresses, par exemple les mots « dans la mesure prévue par la loi » (je souligne) à l'art. 44, le texte de l'art. 45 est formulé d'une manière différente de toutes les autres dispositions. Le juge Robert a estimé que ces différences ont forcément une raison d'être et que l'art. 45 ne comporte pas de limite intrinsèque.

Robert J.A. went on to hold that s. 45 had been infringed. Nevertheless, he found that no award for damages could be awarded under s. 49 because, in order to make such an order, there must be wrongful

192 Le juge Robert a ensuite conclu à la violation de l'art. 45. Néanmoins, il a jugé que des dommages-intérêts ne pouvaient être accordés en vertu de l'art. 49, puisqu'il n'y a ouverture à cette réparation

conduct by a party. He held that the fact that a provision is found to be unconstitutional does not amount to a finding of wrongful conduct on the part of the government.

193 The claimant appealed the Quebec Court of Appeal's decision to this Court.

VI. Issues

194 The following four constitutional questions were stated by the Chief Justice on November 1, 2000:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

195 The appellant also makes a claim under s. 45 of the *Quebec Charter.*

VII. Analysis

A. *Procedural Issues*

196 The history of this case spans three decades. On July 29, 1986, the appellant filed a motion to authorize a class action suit pursuant to art. 1002 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. On December 11, 1986, Reeves J. of the

que si l'atteinte résulte d'un comportement fautif d'une partie. Il a estimé que le fait qu'une disposition soit déclarée inconstitutionnelle ne permet pas automatiquement de conclure à l'existence d'un comportement fautif de la part de l'État.

La demanderesse a interjeté appel à notre Cour contre la décision de la Cour d'appel du Québec.

VI. Les questions en litige

Voici les quatre questions constitutionnelles qui ont été formulées par le Juge en chef le 1er novembre 2000 :

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appelante présente aussi une demande en vertu de l'art. 45 de la *Charte québécoise*.

VII. Analyse

A. *Les questions d'ordre procédural*

Les faits de la présente affaire couvrent trois décennies. Le 29 juillet 1986, conformément à l'art. 1002 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, l'appelante a déposé une requête visant à obtenir l'autorisation d'exercer un recours

2002 SCC 84 (CanLII)

Quebec Superior Court certified the group. He described the group as follows (at p. 1650):

[TRANSLATION] Individuals capable of working, aged 18 to 30 years, who are currently receiving welfare benefits under s. 29(a) of the Regulation respecting social aid adopted under the Social Aid Act (R.S.Q., c. A-16, s. 31) and/or who received welfare benefits under s. 29(a) of the Regulation respecting social aid adopted under the Social Aid Act (R.S.Q., c. A-16, s. 31) during any period since April 17, 1985, and/or who become or will be recipients of welfare benefits under s. 29(a) of the Regulation respecting social aid adopted under the Social Aid Act (R.S.Q., c. A-16, s. 31) from this day until the date of judgment in the present matter.

The final date to exclude one's self from the class was February 8, 1987.

While the legislation in question existed in its disputed form between 1984 and 1989, the operation of Quebec's *Act Respecting the Constitution Act, 1982*, means that the *Social Aid Act* operated notwithstanding the *Canadian Charter* until June 23, 1987. The *Social Aid Act* was amended to make all benefits conditional on July 31, 1989. Thus, it is only between those dates that the *Canadian Charter* applied to the present case. On the other hand, the *Quebec Charter* applied for the entire period. Despite the divergence in applicable dates, I would agree with the holding of Reeves J. that the events that transpired over the entire period may be examined in order to determine the constitutionality of the legislation.

As a result of this case being brought by means of a class action, the respondent raised two preliminary procedural issues before this Court. First, the government argues that a class action is an inappropriate method for bringing a direct action of invalidity. It contends that, pursuant to the holding of Gonthier J. in *Guimond*, *supra*, an action for damages cannot be coupled with a declaratory action for invalidity and that Reeves J. should not have authorized the bringing of the class action because the facts

collectif. Le 11 décembre 1986, le juge Reeves de la Cour supérieure du Québec a décrit le groupe en ces termes (à la p. 1650) :

Les personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans, et qui sont actuellement bénéficiaires de prestations d'aide sociale émises en vertu de l'article 29 paragraphe a) du règlement sur l'aide sociale adopté en vertu de la Loi sur l'aide sociale (L.R.Q., Chap. A-16, art. 31) et/ou qui ont été bénéficiaires de prestations d'aide sociale émises en vertu de l'article 29 paragraphe a) du règlement sur l'aide sociale adopté en vertu de la Loi sur l'aide sociale (L.R.Q., Chap. A-16, art. 31) durant quelque période que ce soit depuis le 17 avril 1985, et/ou qui seront ou deviendront bénéficiaires de prestations d'aide sociale émises en vertu de l'article 29 paragraphe a) du règlement sur l'aide sociale adopté en vertu de la Loi sur l'aide sociale (L.R.Q., Chap. A-16, art. 31) de ce jour jusqu'à la date du jugement à intervenir dans la présente instance.

Les intéressés avaient jusqu'au 8 février 1987 pour se faire exclure du recours collectif.

197 Bien que le texte de loi en question existât, dans sa forme contestée, de 1984 et 1989, par suite de l'effet de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, la *Loi sur l'aide sociale* a produit ses effets indépendamment de la *Charte canadienne* jusqu'au 23 juin 1987. On a modifié la *Loi sur l'aide sociale* et rendu toutes les prestations conditionnelles le 31 juillet 1989. Par conséquent, ce n'est qu'entre ces deux dates que la *Charte canadienne* s'est appliquée à l'espèce. Par contre, la *Charte québécoise* s'est appliquée pendant toute la période pertinente. Malgré les différences entre les périodes visées, je suis d'avis, à l'instar du juge Reeves, que les événements survenus au cours de l'ensemble de la période peuvent être examinés pour statuer sur la constitutionnalité du texte de loi contesté.

198 Comme la présente affaire est un recours collectif, l'intimé a soulevé devant notre Cour deux questions d'ordre procédural préliminaires. Premièrement, le gouvernement plaide qu'un recours collectif n'est pas le moyen approprié pour intenter une action directe en déclaration d'invalidité. Il affirme d'une part que, selon la conclusion du juge Gonthier dans l'arrêt *Guimond*, précité, une action en dommages-intérêts ne peut être jumelée à une action en déclaration d'invalidité et, d'autre part, que le juge Reeves

2002 SCC 84 (CanLII)

alleged did not justify the conclusions sought. However, as Gonthier J. held in *Guimond*, the rule against coupling an action for a s. 24(1) remedy with a direct action under s. 52 is only a general rule. It was certainly within the discretion of Reeves J. to allow the class to be certified. Admittedly, obtaining a s. 24(1) order for damages pursuant to a declaration of invalidity is an unlikely outcome for any *Canadian Charter* complainant. However, rather than creating a bar to litigants who might be seeking one or the other type of remedy, this analysis is best dealt with when determining the appropriate remedy.

n'aurait pas dû autoriser le recours collectif puisque les faits allégués ne justifiaient pas les conclusions recherchées. Toutefois, comme l'a précisé le juge Gonthier dans *Guimond*, la règle interdisant de jumeler une action fondée sur le par. 24(1) à une action directe intentée en vertu de l'art. 52 ne constitue qu'une règle générale. La décision d'autoriser le recours collectif relevait certainement du pouvoir discrétionnaire du juge Reeves. Il faut reconnaître qu'il est peu probable qu'une demande fondée sur la *Charte canadienne* donne lieu au prononcé d'une ordonnance en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) par suite d'une déclaration d'invalidité. Cependant, plutôt que d'interdire d'emblée cette possibilité aux parties qui pourraient demander l'un ou l'autre type de réparation, il est préférable d'analyser cette question au moment de l'examen de la réparation convenable.

199 The second preliminary issue argued by the respondent is that the Superior Court was not a competent court to hear the constitutional arguments since the complainants could have, at any time after June 23, 1987, made an application to be heard by the Social Affairs Commission. In support of this, the respondent relies on the holding of this Court that an administrative body that is expressly empowered by legislative mandate to interpret or apply any law necessary to reach its findings has the power to apply the *Canadian Charter*: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

La deuxième question préliminaire soulevée par l'intimé est que la Cour supérieure n'était pas le tribunal compétent pour connaître des arguments constitutionnels, parce que, en tout temps après le 23 juin 1987, les plaignants auraient pu demander à être entendus par la Commission des affaires sociales. À l'appui de ce moyen, l'intimé fait valoir que notre Cour a jugé qu'un organisme administratif expressément habilité par la loi à interpréter ou à appliquer toute loi nécessaire pour rendre une décision possède le pouvoir d'appliquer la *Charte canadienne* : *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

200 While the above cases stand for the proposition that an administrative body could have jurisdiction to determine constitutional questions, they did not determine that such bodies have exclusive jurisdiction over such matters. In the later case of *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, McLachlin J. (as she then was) held that when an administrative body has been granted the authority to make orders under an Act or collective agreement, such body may constitute a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Canadian Charter*.

Bien que les arrêts susmentionnés permettent d'affirmer qu'un organisme administratif puisse être compétent pour trancher des questions constitutionnelles, ils n'ont pas établi que ces organismes ont compétence exclusive sur ces questions. Dans l'arrêt ultérieur *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a conclu qu'un organisme administratif ayant reçu le pouvoir de rendre des ordonnances en vertu d'une loi ou d'une convention collective peut constituer un tribunal compétent

2002 SCC 84 (CanLII)

McLachlin J. noted that mandatory arbitration clauses in labour statutes may deprive the courts of concurrent jurisdiction. That case did not, however, deal with the question of whether a declaration of invalidity, such as the one being sought here, can be made by an administrative body. Indeed, La Forest J. held in *Cuddy Chicks*, *supra*, that such a body can only declare an impugned provision invalid for the purposes of the matter before it (p. 17).

pour l'application du par. 24(1) de la *Charte canadienne.* Le juge McLachlin a souligné que les clauses d'arbitrage obligatoire prévues par les lois sur les relations du travail peuvent priver les tribunaux judiciaires de toute compétence concomitante. Toutefois, cet arrêt ne portait pas sur la question de savoir si un organisme administratif peut rendre une déclaration d'invalidité de la nature de celle demandée en l'espèce. De fait, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, p. 17, le juge La Forest a affirmé qu'un tel organisme est uniquement habilité à déclarer la disposition contestée invalide à l'égard de l'affaire dont il est saisi.

2002 SCC 84 (CanLII)

In the context of this case, it would be inappropriate to decide what is the scope of the Social Affairs Commission's power to make orders pursuant to s. 24(1). Little, if any evidence has been advanced regarding the powers of the Commission, and the matter was not argued in any depth before this Court. Given that the Superior Court was the only forum that the appellant could choose in order to obtain a general declaration of invalidity, and that prior to 1990 it was considered to be the only appropriate forum for a determination of any of the constitutional questions raised, I do not believe that it would be advisable to halt the process at this late date for procedural reasons.

201 Dans le contexte de la présente affaire, il ne serait pas opportun de décider quel est le pouvoir de la Commission des affaires sociales de rendre des ordonnances en vertu du par. 24(1). On a présenté peu d'éléments de preuve — sinon aucun — quant aux pouvoirs de la Commission, et cette question n'a pas été débattue en profondeur devant notre Cour. Puisque la Cour supérieure était le seul tribunal auquel pouvait s'adresser l'appelante pour obtenir une déclaration générale d'invalidité et que, avant 1990, cette cour était considérée comme le seul tribunal compétent pour trancher les questions constitutionnelles qui étaient soulevées, je ne crois pas qu'il soit souhaitable d'ordonner, à ce stade aussi avancé du litige, la suspension des procédures pour des motifs d'ordre procédural.

B. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The appellant advances arguments relating to both s. 7 and s. 15 of the *Charter*. When multiple *Charter* rights are advanced, there is always some question as to the proper manner in which to proceed. While it is generally sufficient to find that one of the rights is infringed and simply state that the other "need not be dealt with", this approach is sometimes unhelpful. Each case must be dealt with separately. In the recent case of *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, for instance, the complainant put forth claims based on both his s. 2(*d*) associational rights and his s. 15 equality rights. I held for the majority that the burdens imposed by ss. 2(*d*) and 15(1) differed in the sense that the latter focuses on the

B. *La Charte canadienne des droits et libertés*

202 L'appelante avance des arguments fondés sur l'art. 7 de la *Charte* ainsi que d'autres fondés sur l'art. 15 de ce texte. Lorsque, dans une même affaire, plusieurs droits garantis par la *Charte* sont invoqués, il y a toujours lieu de se demander quelle est la façon appropriée d'examiner les divers arguments. Bien qu'il suffise généralement de conclure qu'il y a eu violation de l'un de ces droits et d'affirmer tout simplement qu'il « n'est pas nécessaire d'examiner l'autre droit », cette approche se révèle parfois peu utile. Chaque affaire est un cas d'espèce. Dans le récent arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, par exemple, le plaignant avait présenté des arguments fondés sur le

effects of underinclusion on human dignity, while the former is concerned with the ability to exercise the fundamental freedom of association (para. 28). In that case, at its core, the appellant's claim was concerned with his capacity to organize. I therefore began with a consideration of that right and, having found an unjustified *Charter* breach, did not have to proceed to a consideration of the s. 15(1) claim.

droit d'association garanti à l'al. 2*d*) et sur les droits à l'égalité prévus par l'art. 15. J'ai conclu que la charge de la preuve imposée par l'al. 2*d*) diffère de celle imposée par le par. 15(1), en ce sens que ce dernier met l'accent sur les effets de la non-inclusion sur la dignité humaine, alors que l'al. 2*d*) vise les effets de la non-inclusion sur la capacité d'exercer la liberté fondamentale d'association (par. 28). Dans cette affaire, le moyen principal avancé par l'appelant touchait à sa capacité de s'organiser. J'ai donc examiné d'abord le droit en question et, ayant conclu à l'existence d'une violation injustifiée de la *Charte*, je n'ai pas eu à me pencher sur l'argument reposant sur le par. 15(1).

203 In this case, we are again faced with two *Charter* claims, based on rights that require different approaches. While s. 15 is concerned with the effect of over- or underinclusive legislation on the claimant's human dignity, s. 7 is concerned with the manner in which the state's actions interfere with a free-willed person's ability to enjoy his life, liberty and security interests. Any infringement of those rights by the state must be imposed in accordance with the principles of fundamental justice. Though both sets of rights are protected under the *Charter*, the two protect different interests. While it is important that the *Charter* be interpreted in a consistent fashion, the rights themselves must be interpreted in accordance with their individual terms. In a given situation, one right may be infringed while another is not. "*Charter* values" are an important concept that may help to inform a *Charter* right, but they cannot be invoked to modify the wording of the *Charter* itself.

En l'espèce, nous sommes de nouveau saisis de deux arguments fondés sur la *Charte*, invoquant des droits nécessitant des approches différentes. Bien que l'art. 15 s'intéresse à l'effet des textes de loi de portée excessive ou insuffisante sur la dignité humaine des plaignants, l'art. 7 s'attache à la façon dont les mesures prises par l'État portent atteinte à la capacité d'une personne dotée du libre arbitre de jouir de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Toute atteinte à ces droits par l'État doit être imposée conformément aux principes de justice fondamentale. Bien que ces deux droits soient protégés par la *Charte*, ils protègent des intérêts différents. S'il importe que la *Charte* soit interprétée de façon uniforme, les droits eux-mêmes doivent cependant être interprétés selon leur spécificité propre. Ainsi, dans une situation donnée, il peut y avoir violation d'un droit, mais non d'un autre. Les « valeurs qui sous-tendent la *Charte* » constituent un concept important et susceptible de nous éclairer sur un droit garanti par celle-ci, mais elles ne peuvent être invoquées pour modifier le texte même de la *Charte*.

204 In this case, the different nature of the two rights comes to the fore, and it is for this reason that, even though I have held that the legislation in dispute constitutes an unjustified infringement of s. 15, I have chosen to undertake an examination of s. 7 as well, in order to contrast the particular limits of the two rights.

En l'espèce, la nature différente de ces deux droits revêt une importance prépondérante. Voilà pourquoi, même si j'ai jugé que la disposition contestée constitue une atteinte injustifiée à l'art. 15, j'ai néanmoins décidé d'examiner aussi l'art. 7, de façon à distinguer les limites propres à ces deux droits.

2002 SCC 84 (CanLII)

(1) Section 7

Section 7 of the *Charter* provides that "[e]veryone 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." The appellant in this case argues that the statutory framework that reduced benefits for those under 30 infringed her right to security of the person, since it had the effect of leaving her and the members of her class in a position of abject poverty that threatened both their physical and psychological integrity. In order to establish a s. 7 breach, the claimant must first show that she was deprived of her right to life, liberty or security of the person, and then must establish that the state caused such deprivation in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice.

The protection provided for by s. 7's right to life, liberty and security of the person is reflective of our country's traditional and long-held concern that persons should, in general, be free from the constraints of the state and be treated with dignity and respect. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. held that security of the person is implicated in the case of "state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress" (p. 56).

In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 60, Lamer C.J. held that, for a restriction of the right to security of the person to be made out:

> . . . the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

(1) L'article 7

205 Aux termes de l'art. 7 de la *Charte* : « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Dans la présente affaire, l'appelante avance que le cadre législatif pourvoyant au paiement de prestations réduites pour les personnes de moins de 30 ans portait atteinte à son droit à la sécurité de sa personne, puisqu'il avait pour effet de la laisser — elle-même ainsi que les membres de son groupe — dans une situation de misère noire qui compromettait à la fois leur intégrité physique et leur intégrité psychologique. Pour établir la violation de l'art. 7, la demanderesse doit, dans un premier temps, démontrer qu'il a été porté atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et, dans un deuxième temps, établir que l'État a causé cette atteinte sans se conformer aux principes de justice fondamentale.

206 La protection du droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 reflète le souci traditionnel de la société canadienne de veiller à ce que, en règle générale, les gens ne se voient pas imposer de contraintes par l'État et soient traités avec dignité et respect. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 56, le juge en chef Dickson a estimé que « l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État » constituent une atteinte à la sécurité de la personne.

207 Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 60, le juge en chef Lamer a conclu que, pour établir l'existence d'une restriction de la sécurité de la personne :

> . . . il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit précéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

2002 SCC 84 (CanLII)

208 In this case, the appellant has gone to great lengths to demonstrate that the negative effects of living on the reduced level of support were seriously harmful to the physical and psychological well-being of those affected. Certainly, those who, like the appellant, were living on a reduced benefit were not in a very "secure" position. The remaining question at this first stage of the s. 7 analysis is, however, whether this position of insecurity was brought about by the state.

Dans l'affaire qui nous occupe, l'appelante s'est donné beaucoup de mal pour démontrer que les effets négatifs de vivre des prestations réduites étaient gravement préjudiciables au bien-être physique et psychologique des personnes touchées. Il est certain que les personnes qui, à l'instar de l'appelante, vivaient des prestations réduites n'étaient pas dans une situation très « sûre ». Cependant, la question qu'il reste à trancher à cette première étape de l'analyse relative à l'art. 7 est de savoir si cette situation d'insécurité était imputable au fait de l'État.

209 The requirement that the violation of a person's rights under s. 7 must emanate from a particular state action can be found in the wording of the section itself. Section 7 does not grant a right to security of the person, full stop. Rather, the right is protected only insofar as the claimant is deprived of the right to security of the person by the state, in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice. The nature of the required nexus between the right and a particular state action has evolved over time.

L'exigence selon laquelle la violation des droits garantis à une personne par l'art. 7 doit résulter d'un acte de l'État ressort du texte même de cette disposition. L'article 7 ne garantit pas à l'individu un droit absolu à la sécurité de sa personne, mais plutôt un droit qui n'est protégé que dans la mesure où c'est l'État qui, d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, le prive du droit à la sécurité de sa personne. La nature du lien requis entre le droit et l'acte de l'État a évolué au fil des ans.

210 In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), Lamer J., as he then was, held that s. 7 was not necessarily limited to purely criminal or penal matters (p. 1175). Nonetheless, he did maintain that, given the context of the surrounding rights and the heading "Legal Rights" under which s. 7 is found, it was proper to conclude that "the restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual's interaction with the justice system, and its administration" (p. 1173).

Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi relatif à la prostitution* »), le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu que l'art. 7 ne s'applique pas nécessairement aux affaires pénales (p. 1175). Néanmoins, il a maintenu que, compte tenu du contexte des droits adjacents et de l'intertitre « Garanties juridiques » sous lequel se trouve l'art. 7, il convenait de conclure que « les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne dont il est question à l'art. 7 sont celles qui découlent des rapports entre un individu, le système judiciaire et l'administration de la justice » (p. 1173).

211 In *G. (J.)*, *supra*, Lamer C.J. again addressed the issue of whether s. 7 rights could be extended beyond the criminal law context, this time, with respect to the right to state-funded counsel for a parent at a custody hearing. In finding that such a right was contemplated by s. 7, he held that the subject matter of s. 7 was "the state's conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law, where the state's conduct deprives an individual of his or her right to life, liberty, or

Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, le juge en chef Lamer a de nouveau examiné la question de savoir si les droits garantis par l'art. 7 pouvaient s'appliquer en dehors du contexte du droit criminel, cette fois-là relativement au droit d'un parent d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État au cours d'une audience en matière de garde d'enfants. Concluant qu'un tel droit était visé par l'art. 7, le juge Lamer a estimé que l'objet de l'art. 7 est « le comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi,

2002 SCC 84 (CanLII)

security of the person" (para. 65). In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, I agreed with this statement of the law and concluded that s. 7 rights could be infringed in the context of an investigation under human rights legislation.

lorsque ce comportement prive un individu de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » (par. 65). Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, j'ai souscrit à cet énoncé du droit et jugé qu'il pouvait y avoir violation des droits garantis par l'art. 7 dans le contexte d'une enquête menée en vertu d'une loi relative aux droits de la personne.

2002 SCC 84 (CanLII)

In *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, the ambit of state action was expanded beyond the confines of a court room. In that case, a mother sought an injunction against the Child and Family Services agency's decision to apprehend her child without a warrant. While there was no judicial process at issue, she claimed that the action of the state in apprehending her child violated her s. 7 right to security of the person. L'Heureux-Dubé J. held that the claimant had been deprived of her right in accordance with the principles of fundamental justice, recognizing nevertheless that she had satisfied the first part of the s. 7 test. This can be explained by the fact that the seizure of the claimant's newborn child constituted a determinative government action.

212 Dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, notre Cour a élargi au-delà du cadre des procédures judiciaires la portée du concept d'acte de l'État. Dans cette affaire, une mère avait déposé une demande d'injonction interdisant à l'Office des services à l'enfant et à la famille de lui retirer sans mandat son enfant. Malgré l'absence de procédures judiciaires, l'appelante soutenait que l'appréhension de l'enfant par l'État contrevenait au droit à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7. Le juge L'Heureux-Dubé a conclu que l'appelante avait été privée de ce droit en conformité avec les principes de justice fondamentale, reconnaissant néanmoins qu'elle avait satisfait à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, ce qui peut s'expliquer par le fait que l'appréhension du nouveau-né de la plaignante constituait une mesure gouvernementale emportant des conséquences juridiques.

Thus, in certain exceptional circumstances, this Court has found that s. 7 rights may include situations outside of the traditional criminal context — extending to other areas of judicial competence. In this case, however, there is no link between the harm to the appellant's security of the person and the judicial system or its administration. The appellant was not implicated in any judicial or administrative proceedings, or even in an investigation that would at some point lead to such a proceeding. At the very least, a s. 7 claim must arise as a result of a determinative state action that in and of itself deprives the claimant of the right to life, liberty or security of the person.

213 Par conséquent, dans certaines circonstances exceptionnelles, notre Cour a jugé que les droits garantis par l'art. 7 peuvent viser certaines situations en dehors du contexte criminel traditionnel, étendant ainsi leur application à d'autres domaines relevant de la compétence des tribunaux. En l'espèce, cependant, il n'existe pas de lien entre le préjudice causé à la sécurité de la personne de l'appelante et le système judiciaire ou son administration. L'appelante n'était ni partie à quelque instance judiciaire ou administrative, ni même l'objet d'une enquête susceptible d'aboutir à l'engagement d'une telle instance. Une demande fondée sur l'art. 7 doit, à tout le moins, découler d'une mesure gouvernementale emportant des conséquences juridiques, savoir une mesure qui, en soi, prive le demandeur du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne.

214 Some may find this threshold requirement to be overly formalistic. The appellant, for instance, argues that this Court has found that respect for human dignity underlies most if not all of the rights protected under the *Charter*. Undoubtedly, I agree that respect for the dignity of all human beings is an important, if not foundational, value in this or any society, and that the interpretation of the *Charter* may be aided by taking such values into account. However, this does not mean that the language of the *Charter* can be totally avoided by proceeding to a general examination of such values or that the court can through the process of judicial interpretation change the nature of the right. As held in *Blencoe*, *supra*, "[w]hile notions of dignity and reputation underlie many *Charter* rights, they are not stand-alone rights that trigger s. 7 in and of themselves" (para. 97). A purposive approach to *Charter* interpretation, while coloured by an overarching concern with human dignity, democracy and other such "*Charter* values", must first and foremost look to the purpose of the section in question. Without some link to the language of the *Charter*, the legitimacy of the entire process of *Charter* adjudication is brought into question.

Il est possible que certains considèrent cette condition préliminaire excessivement formaliste. Par exemple, l'appelante soutient que notre Cour a jugé que le respect de la dignité humaine est à la base de la plupart des droits protégés par la *Charte*, voire de tous ces droits. Il ne fait aucun doute, je le reconnais, que le respect de la dignité de tous les êtres humains est une valeur importante, sinon fondamentale, dans toute société et que la prise en considération de telles valeurs peut aider dans l'interprétation de la *Charte.* Toutefois, cela ne signifie pas que l'on peut faire totalement abstraction du texte de la *Charte* en procédant à un examen général de telles valeurs ou que le tribunal peut, par le processus d'interprétation, changer la nature du droit concerné. Comme il a été jugé dans l'arrêt *Blencoe*, précité, « [m]ême si des notions de dignité et de réputation sous-tendent maints droits garantis par la *Charte*, ce ne sont pas des droits distincts qui déclenchent en soi l'application de l'art. 7 » (par. 97). Bien qu'une interprétation téléologique de la *Charte* soit influencée par une préoccupation dominante pour la dignité humaine, la démocratie et les autres « valeurs qui sous-tendent la *Charte* », elle doit d'abord et avant tout s'attacher à l'objet de la disposition en question. En l'absence de quelque lien que ce soit avec le texte même de la *Charte*, la légitimité de tout le processus juridictionnel relatif à la *Charte* est remise en question.

215 In the *Charter*, s. 7 is grouped, along with ss. 8 to 14, under the heading "Legal Rights", in French, "*Garanties juridiques*". Given the wording of this heading, as well as the subject matter of ss. 8 to 14, it is apparent that s. 7 has, as its primary goal, the protection of one's right to life, liberty and security of the person against the coercive power of the state (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (looseleaf ed.), vol. 2, at p. 44-9; *Prostitution Reference*, *supra*, *per* Lamer J.). The judicial nature of the s. 7 rights is also evident from the fact that people may only be deprived of those rights in accordance with the principles of fundamental justice. As Lamer J. held in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, such principles are to be found "in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the

Dans la *Charte*, l'art. 7 ainsi que les art. 8 à 14 figurent sous l'intertitre « Garanties juridiques » dans la version française et « *Legal Rights* » dans la version anglaise. Vu le libellé de l'intertitre ainsi que l'objet des art. 8 à 14, il est évident que l'objectif premier de l'art. 7 est la protection de la vie, de la liberté et de la sécurité d'une personne contre le pouvoir coercitif de l'État (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 44-9; *Renvoi relatif à la prostitution*, précité, le juge Lamer). L'aspect judiciaire des droits garantis par l'art. 7 ressort également du fait qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503, ces principes font partie des « préceptes

2002 SCC 84 (CanLII)

inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system" (p. 503). It is this strong relationship between the right and the role of the judiciary that leads me to the conclusion that some relationship to the judicial system or its administration must be engaged before s. 7 may be applied.

fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire ». C'est ce lien solide entre ce droit et le rôle de l'appareil judiciaire qui m'amène à conclure que, pour que puisse s'appliquer l'art. 7, il faut un certain rapport entre le droit invoqué et le système judiciaire ou son administration.

2002 SCC 84 (CanLII)

216 To suggest that this nexus is required is not to fossilize s. 7. This Court has already held, in *G. (J.)*, *supra*, *Blencoe*, *supra*, and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, that this link to the judicial system does not mean that s. 7 is limited to purely criminal or penal matters. In *K.L.W.*, *supra*, it was recognized that there need not be a link to a trial-like process. Individuals who find themselves subject to administrative processes may find that they have been deprived of their right to life, liberty or security of the person. The manner in which these various administrative processes will be reviewed has by no means been calcified. Nor has the interpretation of the "principles of fundamental justice" which apply to these processes. However, at the very least, in order for one to be deprived of a s. 7 right, some determinative state action, analogous to a judicial or administrative process, must be shown to exist. Only then may the process of interpreting the principles of fundamental justice or the analysis of government action be undertaken.

Dire que la présence de ce lien est nécessaire n'a pas pour effet de fossiliser pour autant l'application de l'art. 7. Déjà, notre Cour a jugé dans les arrêts *G. (J.)* et *Blencoe*, précités, ainsi que dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, que ce lien avec l'appareil judiciaire ne signifie pas que l'art. 7 se limite nécessairement aux affaires pénales. Dans l'arrêt *K.L.W.*, précité, notre Cour a reconnu qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien avec une instance analogue à un procès. En effet, une personne visée par une procédure administrative peut estimer qu'elle a été privée de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Les modalités du contrôle de ces procédures administratives n'ont d'aucune façon été arrêtées définitivement, pas plus que n'ont été interprétés les « principes de justice fondamentale » qui régissent ces procédures. Cependant, pour qu'une personne se trouve privée d'un droit que lui garantit l'art. 7, il faut à tout le moins établir l'existence d'une mesure de l'État — analogue à une instance judiciaire ou administrative — emportant des conséquences juridiques pour cette personne. Ce n'est qu'ensuite que peut avoir lieu l'interprétation des principes de justice fondamentale ou l'analyse de la mesure gouvernementale.

217 In this case, there has been no engagement with the judicial system or its administration, and thus, the protections of s. 7 are not available. As will be discussed below, I have concluded that s. 29(*a*) of the Regulation, by treating individuals differently on the basis of their age, constitutes an infringement of the appellant's equality rights. However, s. 7 does not have the same comparative characteristics as the s. 15 right. The appellant's situation must be viewed in more absolute terms. In this case, the threat to

En l'espèce, puisque ni le système judiciaire ni son administration ne sont en jeu, les garanties de l'art. 7 ne peuvent donc être invoquées. Comme je l'indiquerai plus loin, j'ai conclu que, du fait qu'il réserve un traitement différent à certaines personnes sur le fondement de l'âge, l'al. 29*a*) du Règlement porte atteinte aux droits à l'égalité garantis à l'appelante. Cependant, l'art. 7 n'offre pas les mêmes critères de comparaison que le droit visé à l'art. 15. Il faut considérer la situation de l'appelante d'une

the appellant's right to security of the person was brought upon her by the vagaries of a weak economy, not by the legislature's decision not to accord her more financial assistance or to require her to participate in several programs in order for her to receive more assistance.

façon plus absolue. En l'espèce, le risque de violation de son droit à la sécurité de sa personne découlait des aléas d'une économie chancelante, et non de la décision du législateur de ne pas lui accorder une aide financière plus élevée ou de l'obliger à participer à plusieurs programmes pour recevoir une aide accrue.

218 The appellant and several of the interveners made forceful arguments regarding the distinction that is sometimes drawn between negative and positive rights, as well as that which is made between economic and civil rights, arguing that security of the person often requires the positive involvement of government in order for it to be realized. This is true. The right to be tried within a reasonable time, for instance, may require governments to spend more money in order to establish efficient judicial institutions. However, in order for s. 7 to be engaged, the threat to the person's right itself must emanate from the state.

L'appelante et plusieurs des intervenants ont présenté de solides arguments sur la distinction qui est parfois établie entre les droits « négatifs » et les droits « positifs », ainsi que sur celle faite entre les droits économiques et les libertés publiques, soutenant que la concrétisation du droit de l'individu à la sécurité de sa personne exige souvent un engagement positif de la part du gouvernement. Cet argument est bien fondé. Par exemple, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable peut exiger des gouvernements qu'ils consacrent davantage de fonds à l'établissement d'institutions judiciaires efficaces. Cependant, pour qu'entre en jeu l'application de l'art. 7, c'est l'État qui doit être à l'origine de la menace d'atteinte au droit garanti à l'intéressé.

219 In *G. (J.)*, *supra*, for instance, this Court held that the claimant had the right to be provided with legal aid to assist her during a child custody hearing. To the extent that that order required the government to spend money so as to ensure that the complainant was not deprived of her right to security of the person in a manner that was inconsistent with the principles of fundamental justice, such a right could be construed as "positive" and perhaps "economic". However, what was determinative in that case was that the claimant, pursuant to s. 7, was being directly deprived of her right to security of the person through the action of the state. It was the fact that the state was attempting to obtain custody of the claimant's children that threatened her security. It is such initial state action, one that directly affects and deprives a claimant of his or her right to life, liberty or security of the person that is required by the language of s. 7.

Par exemple, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, notre Cour a jugé que l'appelante avait droit à l'aide juridique à l'égard d'une audience relative à la garde d'enfants. Dans la mesure où cette ordonnance obligeait le gouvernement à dépenser certaines sommes pour veiller à ce que la plaignante ne soit pas privée de son droit à la sécurité de sa personne d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il est possible de considérer qu'il s'agit d'un droit « positif », voire « économique ». Cependant, le facteur déterminant dans cette affaire était que, suivant l'art. 7, l'appelante était directement privée de son droit à la sécurité de sa personne par un acte de l'État. C'était le fait que l'État tentait d'obtenir la garde des enfants de l'appelante qui menaçait la sécurité de celle-ci. C'est un tel acte initial de l'État, un acte affectant directement la demanderesse et la privant de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne qui est requis par le texte de l'art. 7.

220 The appellant also directed our attention to the dissenting statements of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*,

L'appelante a également attiré notre attention sur les commentaires faits par le juge en chef Dickson dans ses motifs de dissidence dans le *Renvoi relatif*

2002 SCC 84 (CanLII)

[1987] 1 S.C.R. 313, in which he noted that a conceptual approach in which freedoms are said to involve simply an absence of interference or constraint "may be too narrow since it fails to acknowledge situations where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms" (p. 361). The question of whether a fundamental freedom can be infringed through the lack of government action was canvassed most recently in the case of *Dunmore*, *supra*. In that case, I held that legislation that is underinclusive may, in unique circumstances, substantially impact the exercise of a constitutional freedom (para. 22). I explained that in order to meet the requirement that there be some form of government action as prescribed by s. 32 of the *Canadian Charter*, the legislation must have been specifically designed to safeguard the exercise of the fundamental freedom in question. The affected group was required to show that it was substantially incapable of exercising the freedom sought without the protection of the legislation, and that its exclusion from the legislation substantially reinforced the inherent difficulty to exercise the freedom in question. While the existence of the *Social Aid Act* might constitute sufficient government action to engage s. 32, none of the other factors enumerated in *Dunmore* are present in this case.

à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, où ce dernier a précisé que l'application d'une approche conceptuelle dans laquelle les libertés seraient simplement considérées comme une absence d'intervention ou de contrainte « est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales » (p. 361). Plus récemment, dans l'arrêt *Dunmore*, précité, notre Cour s'est demandé si l'absence d'intervention gouvernementale peut porter atteinte à une liberté fondamentale. Dans cette affaire, j'ai conclu qu'une mesure législative ayant un champ d'application trop limité peut, dans des circonstances exceptionnelles, entraver substantiellement l'exercice d'une liberté constitutionnelle (par. 22). J'ai expliqué que, pour que soit satisfaite la condition d'application de l'art. 32 de la *Charte canadienne* requérant l'existence d'une intervention gouvernementale, la mesure législative doit clairement viser à protéger l'exercice de la liberté fondamentale en question. Le groupe touché devait établir qu'il était essentiellement incapable d'exercer sa liberté fondamentale sans la protection du texte de loi et que son exclusion du champ d'application de celui-ci accroissait considérablement la difficulté inhérente à l'exercice de la liberté en question. Bien que l'existence de la *Loi sur l'aide sociale* puisse constituer une intervention gouvernementale suffisante pour déclencher l'application de l'art. 32, aucun des autres facteurs énumérés dans *Dunmore* n'est présent en l'espèce.

In *Dunmore*, I found that the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, instantiated the freedom to organize and that without its protection agricultural workers were substantially incapable of exercising their freedom to associate. The legislation reinforced the already precarious position of agricultural workers in the world of labour relations. In undertaking the underinclusiveness analysis, a complainant must demonstrate that he or she is being deprived of the right itself and not simply the statutory benefit that is being provided to other groups. Here, the *Social Aid Act* seeks to remedy the situation of those persons

221 Dans cet arrêt, j'ai conclu que la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, donne effet à la liberté syndicale et que sans cette protection les travailleurs agricoles sont essentiellement incapables d'exercer leur liberté d'association. La loi en question exacerbait la situation déjà précaire des travailleurs agricoles dans le monde des relations de travail. Le plaignant qui reproche à un texte de loi d'avoir une portée trop limitative doit démontrer qu'il est privé du droit lui-même et non seulement de l'avantage que la loi accorde à d'autres groupes. En l'espèce, la *Loi sur l'aide sociale* vise à remédier à la situation des personnes qui n'ont pas

2002 SCC 84 (CanLII)

who find themselves without work or other assistance by providing them with financial support and job training so that they can integrate to the active workforce. As in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, and *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, the exclusion of people under 30 from the full, unconditional benefit package does not render them substantially incapable of exercising their right to security of the person without government intervention. Leaving aside the possibilities that might exist on the open market, training programs are offered to assist in finding work and to provide additional benefits.

d'emploi ou ne reçoivent aucune autre forme d'assistance, en leur offrant de l'aide financière et des mesures de formation professionnelle pour leur permettre de joindre les rangs de la population active. Comme dans les arrêts *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, et *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, l'exclusion des personnes de moins de 30 ans du champ d'application du régime d'avantages complets et inconditionnels ne les rend pas essentiellement incapables d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. Indépendamment des possibilités susceptibles d'exister sur le marché de l'emploi, les programmes de formation ont été mis sur pied pour aider les intéressés à trouver du travail et pour pourvoir au paiement de prestations additionnelles.

222 The appellant has failed to demonstrate that there exists an inherent difficulty for young people under 30 to protect their right to security of the person without government intervention. Nor has the existence of a higher base benefit for recipients 30 years of age and over been shown to reduce, on its own, or substantially, the potential of young people to exercise their right to security of the person. The fact that the remedial programs instituted by the reforms of 1984 might not have been designed in a manner that was overly favourable to the appellant does not help the appellant in meeting her burden. My concern here is with the ability of the appellant's group to access the right itself, not to benefit better from the statutory scheme. The appellant has failed to show a substantial incapability of protecting her right to security. She has not demonstrated that the legislation, by excluding her, has reduced her security any more than it would have already been, given market conditions.

L'appelante n'a pas démontré que les personnes de moins de 30 ans éprouvent intrinsèquement de la difficulté à exercer leur droit à la sécurité de leur personne en l'absence d'intervention gouvernementale. Elle n'a pas non plus établi que l'existence de prestations de base plus élevées pour les bénéficiaires de 30 ans et plus réduisait en soi ou de manière substantielle la possibilité pour les moins de 30 ans d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne. Le fait que les programmes de rattrapage scolaire établis par les réformes de 1984 n'aient peut-être pas été les programmes les mieux conçus n'aide pas l'appelante à s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe. Le point auquel je m'attache en l'espèce est la capacité du groupe de l'appelante de bénéficier du droit lui-même, et non de profiter davantage du régime établi par la loi. L'appelante n'a pas réussi à établir qu'elle était essentiellement incapable de protéger son droit à la sécurité. Elle n'a pas démontré que, en l'excluant, le texte de loi a réduit sa sécurité à un niveau inférieur à ce qu'elle était déjà, compte tenu de la situation économique.

223 For these reasons, I would hold that s. 29(*a*) of the Regulation does not infringe s. 7 of the *Canadian Charter*. The threat to the appellant's security of the person was not related to the administration of justice, nor was it caused by any state action, nor did the underinclusive nature of the Regulation substantially prevent or inhibit the

Pour les motifs qui précèdent, j'estime que l'al. 29*a*) du Règlement ne violait pas l'art. 7 de la *Charte canadienne*. La menace au droit à la sécurité de l'appelante n'était pas liée à l'administration de la justice et ne résultait pas d'une mesure de l'État; de plus, le caractère non inclusif du règlement n'a pas empêché concrètement l'appelante de protéger

2002 SCC 84 (CanLII)

appellant from protecting her own security. Such a result should not be unexpected. As I noted in *Dunmore*, *supra*, total exclusion of a group from a statutory scheme protecting a certain right may in some limited circumstances engage that right to such an extent that it is in essence the substantive right that has been infringed as opposed to the equality right protected under s. 15(1) of the *Charter*. However, the underinclusiveness of legislation will normally be the province of s. 15(1), and so it is to the equality analysis that we must now turn.

(2) Section 15

Section 15(1) of the *Charter* protects every individual's right to the equal protection and benefit of the law, without discrimination based on, among other grounds, age. As this Court has enunciated on numerous occasions, a purposive approach to this right must take into consideration a concern for the individual human dignity of all those subject to the law. As noted in the s. 7 analysis, while a concern for and understanding of the basic values underlying the *Charter* are important in order to give proper consideration to a *Charter* claim, such principles cannot be allowed to override the language of the *Charter* itself.

Among the grounds of prohibited discrimination enumerated under s. 15(1), age is the one that tends to cause the most theoretical confusion. The source of such confusion in implementing the s. 15(1) guarantee of age equality is rooted in our understanding of substantive equality. In protecting substantive equality, this Court has recognized that like people should be treated alike and, reciprocally, different people must often be treated differently. Most of the grounds enumerated under s. 15(1) tend to be characteristics that our society has deemed to be "irrelevant" to one's abilities. The problem with age is that because we all, as human beings trapped in the continuum of time, experience the process of aging, it is sometimes difficult to assess discriminative behaviour. Health allowing, we all have the

sa propre sécurité. Ce résultat ne devrait surprendre personne. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Dunmore*, précité, le fait d'exclure totalement un groupe d'un régime légal protégeant un droit donné peut, dans certaines circonstances limitées, porter une atteinte telle à ce droit que c'est alors essentiellement le droit substantiel qui est violé plutôt que le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'examen de la question du champ d'application trop restreint d'un texte de loi se fait normalement dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1) et, en conséquence, je vais maintenant procéder à l'analyse relative à l'égalité.

(2) L'article 15

224 Le paragraphe 15(1) de la *Charte* protège le droit de chacun à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment de la discrimination fondée sur l'âge. Comme l'a déclaré notre Cour à maintes reprises, il faut, dans le cadre d'une interprétation téléologique de ce droit, prendre en considération la dignité humaine individuelle de l'ensemble des personnes assujetties à la loi concernée. Comme je l'ai indiqué dans l'analyse fondée sur l'art. 7, bien qu'il soit important de prendre en compte et de bien saisir les valeurs qui sous-tendent la *Charte* pour être en mesure d'examiner adéquatement une demande fondée sur celle-ci, ces principes ne sauraient prendre le pas devant le texte même de la *Charte*.

225 Parmi les motifs de distinction illicite énumérés au par. 15(1), l'âge est celui qui tend à causer la plus grande confusion sur le plan théorique. Relativement à la concrétisation du droit à l'égalité fondée sur l'âge garanti au par. 15(1), la source de cette confusion découle de l'interprétation que nous donnons à l'égalité réelle. Pour protéger l'égalité réelle, notre Cour a reconnu que des personnes se trouvant dans la même situation doivent être traitées de la même manière et, réciproquement, que celles qui sont dans des situations différentes doivent souvent être traitées différemment. La plupart des motifs énumérés au par. 15(1) sont des caractéristiques qui, dans notre société, sont réputées « non pertinentes » quant aux aptitudes d'une personne. Le problème que présente l'âge tient au fait qu'il

2002 SCC 84 (CanLII)

opportunity to be young and foolish as well as old and crotchety. As Professor Hogg, *supra*, argues, "[a] minority defined by age is much less likely to suffer from the hostility, intolerance and prejudice of the majority than is a minority defined by race or religion or any other characteristic that the majority has never possessed and will never possess" (p. 52-54).

est parfois difficile de déterminer ce qui constitue un comportement discriminatoire, puisque — en tant qu'êtres humains prisonniers dans le continuum du temps — nous subissons tous le processus du vieillissement. Si notre santé nous le permet, nous avons tous la possibilité d'être jeunes et fous ainsi que vieux et grincheux. Comme l'affirme le professeur Hogg, *op. cit.*, [TRADUCTION] « [u]ne minorité définie selon l'âge est beaucoup moins susceptible d'être victime de l'hostilité, de l'intolérance et des préjugés de la majorité qu'une minorité définie selon la race ou la religion ou toute autre caractéristique que la majorité n'a jamais possédé et ne possédera jamais » (p. 52-54).

226 Moreover, whereas distinctions based on most other enumerated or analogous grounds may often be said to be using the characteristic as an illegitimate proxy for merit, distinctions based on age as a proxy for merit or ability are often made and viewed as legitimate. This acceptance of distinctions based on age is due to the fact that at different ages people are capable of different things. Ten-year-olds, in general, do not make good drivers. The same might be said for the majority of centenarians. It is in recognition of these developmental differences that several laws draw distinctions on the basis of age.

Qui plus est, alors qu'on peut souvent affirmer que les distinctions fondées sur la plupart des autres motifs énumérés ou sur des motifs analogues utilisent la caractéristique en question comme un substitut illégitime du mérite, des distinctions fondées sur l'âge sont souvent utilisées à cette fin et considérées comme légitimes. Cette acceptation des distinctions fondées sur l'âge est attribuable au fait que des personnes d'âge différent sont capables d'accomplir des choses différentes. En règle générale, un enfant de dix ans ne fait pas un bon conducteur. On peut dire la même chose de la majorité des personnes centenaires. C'est pour tenir compte de ces différences de développement que plusieurs lois établissent des distinctions fondées sur l'âge.

227 However, despite this apparent recognition that age is of a different sort than the other grounds enumerated in s. 15(1), the fact of the matter is that it was included as a prohibited ground of discrimination in the *Canadian Charter*. Recall that in *Law* Iacobucci J. referred to the remark in *Andrews* that it would be a rare case in which differential treatment based on one or more of the enumerated or analogous grounds would not be discriminatory: *Law*, *supra*, at para. 110. In contrast, some human rights laws do not include age as a ground of discrimination, or limit the ground to discrimination between the ages of 18 and 65: *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210; *Quebec Charter*, s. 10. But the *Canadian Charter* does include age, without internal limitation. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R.

Cependant, bien que l'on reconnaisse apparemment que l'âge est un motif différent des autres motifs énumérés au par. 15(1), le fait est qu'il a été inclus comme motif de discrimination illicite dans la *Charte canadienne*. Rappelons que dans *Law*, le juge Iacobucci s'est référé à la remarque énoncée dans l'arrêt *Andrews* et selon laquelle ce n'est que dans de rares cas qu'un traitement différent fondé sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues ne sera pas discriminatoire : *Law*, précité, par. 110. Par ailleurs, certaines lois sur les droits de la personne n'incluent pas l'âge comme motif de discrimination ou limitent son application à la discrimination visant les personnes âgées de 18 à 65 ans : *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210; *Charte québécoise*, art. 10. Toutefois, l'âge est un motif prévu par la *Charte canadienne*, sans limite intrinsèque. Dans

2002 SCC 84 (CanLII)

203, McLachlin J. and I held that the grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) "function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making" (para. 7). Legislation that draws a distinction based on such a ground is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality. This is the case whether the distinction is based on race, gender or age. While distinctions based on age may often be justified, they are nonetheless equally suspect. While age is a ground that is experienced by all people, it is not necessarily experienced in the same way by all people at all times. Large cohorts may use age to discriminate against smaller, more vulnerable cohorts. A change in economic, historical or political circumstances may mean that presumptions and stereotypes about a certain age group no longer hold true. Moreover, the fact remains that, while one's age is constantly changing, it is a personal characteristic that at any given moment one can do nothing to alter. Accordingly, age falls squarely within the concern of the equality provision that people not be penalized for characteristics they either cannot change or should not be asked to change.

The fact that the Regulation here makes a distinction based on a personal characteristic that is specifically enumerated under s. 15 should therefore raise serious concerns when considering whether such a distinction is in fact discriminatory. While not creating a presumption of discrimination, a distinction based on an enumerated ground reveals a strong suggestion that the provision in question is discriminatory for the purposes of s. 15. In recent years, this Court has stated that disrespect for human dignity lies at the heart of discrimination: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, *per* McLachlin J.; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. However, it is worth repeating that the concept of "human

l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7, le juge McLachlin et moi avons conclu que les motifs énumérés au par. 15(1) « sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes ». Une loi qui établit une distinction fondée sur un tel motif est suspecte parce qu'elle entraîne souvent de la discrimination et aboutit au déni du droit à l'égalité réelle. C'est ce qui se produit, que la distinction soit fondée sur la race, le sexe ou l'âge. Bien que les discriminations fondées sur l'âge puissent souvent être justifiées, elles sont néanmoins tout aussi suspectes. Quoique l'âge soit un motif auquel personne n'échappe, tous ne le vivent pas de la même façon à toutes les époques. Ainsi, des cohortes nombreuses peuvent se servir de l'âge pour établir des distinctions contre des cohortes plus petites et plus vulnérables. Par suite de l'évolution de la situation économique, historique ou politique, il est possible que des présomptions et stéréotypes relatifs à un certain groupe d'âge ne soient plus valables. En outre, il n'en demeure pas moins que, quoiqu'on vieillisse sans cesse, l'âge est une caractéristique personnelle à l'égard de laquelle il est impossible de faire quoi que ce soit, et ce à quelque moment que ce soit. En conséquence, l'âge est nettement visé par l'aspect de la disposition relative à l'égalité qui demande qu'on ne pénalise pas un individu pour une caractéristique qu'il ne peut changer ou qu'on ne devrait pas le requérir de changer.

228 Le fait que le Règlement en litige dans la présente affaire établisse une distinction fondée sur une caractéristique personnelle expressément mentionnée à l'art. 15 devrait donc soulever de sérieuses préoccupations lorsqu'on se demande si cette distinction est, dans les faits, discriminatoire. Bien qu'une distinction fondée sur un motif énuméré ne crée pas une présomption de discrimination, il s'agit toutefois d'une solide indication que la disposition en question est discriminatoire pour l'application de l'art. 15. Au cours des dernières années, notre Cour a affirmé que l'absence de respect pour la dignité humaine est au cœur de la discrimination : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, le juge L'Heureux-Dubé; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, le juge

2002 SCC 84 (CanLII)

dignity" has essentially been brought to the fore in an effort to capture the essence of what differential treatment based on one of the grounds in s. 15 captures.

McLachlin; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Cependant, il convient de rappeler que le concept de « dignité humaine » a d'abord et avant tout été avancé pour permettre de bien saisir l'essence de la notion de traitement différent fondé sur l'un des motifs prévus par l'art. 15.

229 The framework for undertaking a s. 15 analysis was put forth most recently by this Court in *Law*, *supra*. In that case, this Court affirmed that the s. 15 analysis is to take place through a three-stage process: Is there differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; is the differential treatment based on one or more of the grounds enumerated under s. 15(1) or a ground analogous to those contained therein; does the law in question have a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee? (*Law*, at para. 88). At each stage of this process, the claimant bears the civil burden of proof. This burden remains constant no matter how serious the claim or how many people are potentially involved.

Récemment, dans l'arrêt *Law*, précité, notre Cour a exposé le cadre de l'analyse relative à l'art. 15. Dans cette affaire, notre Cour a confirmé que cette analyse comporte trois étapes, qu'on peut décrire au moyen des questions suivantes : Le texte de loi contesté a-t-il pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues? Le texte de loi contesté a-t-il un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité? (*Law*, par. 88). À chaque étape de l'analyse, la charge de la preuve incombe au demandeur, qui doit s'en acquitter suivant la norme de preuve applicable en droit civil. Cette norme ne varie pas, peu importe la gravité de la plainte ou le nombre de personnes susceptibles d'être touchées.

230 It is evident, in this case, and the respondent does not appear to dispute this point, that s. 29(*a*) of the Regulation creates a distinction between single social assistance recipients under the age of 30 and those 30 and over. Single recipients under the age of 30 have their base benefits capped at a level one third of that of those 30 and over. While they may participate in certain programs in order to increase their benefits, those 30 and over do not have to do so. This results in the differential treatment of the two groups. Thus, the fundamental question that needs to be dealt with in any depth here is whether the distinction outlined in s. 29(*a*) is indicative that the government treats social assistance recipients under 30 in a way that is respectful of their dignity as members of our society. Evidence regarding the actual impact of the distinction will also be considered, although I conclude that the regulatory regime is discriminatory on its face.

En l'espèce, il est évident — fait que l'intimé ne semble d'ailleurs pas contester — que l'al. 29*a*) du Règlement crée une distinction entre les personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale et celles de 30 ans et plus. En effet, le plafond des prestations de base pour les moins de 30 ans représente un tiers de celui des prestations accordées aux 30 ans et plus. Bien que les moins de 30 ans puissent participer à certains programmes dans le but de faire hausser leurs prestations, les 30 ans et plus ne sont par ailleurs pas tenus de le faire. Cette situation entraîne une différence de traitement entre les deux groupes. Par conséquent, la question fondamentale qu'il faut examiner en profondeur est celle de savoir si la distinction établie à l'al. 29*a*) indique que le gouvernement traite les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans d'une façon qui respecte leur dignité en tant que membres de notre société. La preuve concernant l'effet concret de la distinction sera également considérée, bien que j'estime que le régime réglementaire est à première vue discriminatoire.

2002 SCC 84 (CanLII)

2002 SCC 84 (CanLII)

In *Law*, *supra*, Iacobucci J. held that this third inquiry is to be assessed as by a reasonable person in the claimant's circumstances, having regard to several "contextual factors". The factors suggested in *Law*, while not exhaustive, are (1) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability, (2) correspondence between the distinction drawn and the needs, capacity or circumstances of the claimant or others, (3) any ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged group or person, and (4) the nature and scope of the interest affected by the impugned law. Iacobucci J. noted that the presence or absence of any of these contextual factors is not determinative.

231 Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a affirmé qu'il faut examiner la troisième question avec les yeux d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur, en tenant compte de plusieurs « facteurs contextuels ». Dans *Law*, notre Cour a dressé une liste non exhaustive de ces facteurs : (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une vulnérabilité; (2) la correspondance entre la distinction qui est établie et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres; (3) l'objet ou l'effet améliorateur du texte de loi contesté eu égard à une personne ou à un groupe défavorisés; (4) la nature et l'étendue du droit touché par le texte de loi contesté. Le juge Iacobucci a souligné que la présence ou l'absence de l'un ou l'autre de ces facteurs contextuels n'est pas déterminante.

Interestingly, *Law*, also involved a claim that a legislative provision, by offering lower pension benefits to younger people, constituted age discrimination under s. 15. In that case, the claimant argued that provisions of the Canada Pension Plan that gradually reduced the survivor's pension for able-bodied surviving spouses without dependant children by 1/120th of the full rate for each month that the claimant's age was less than 45 at the time of the contributor's death was discriminatory. The effect of the legislation was to make 35 years of age the threshold age for receiving survivor benefits for persons not having attained the retirement age of 65. Those over 45 at the time of their spouse's death would receive full benefits, those under 35 would receive no benefits until they were 65, and those between 35 and 45 would receive a graduated amount until they were 65. After examining the contextual factors enunciated above, Iacobucci J. held that this distinction, though based on the enumerated ground of age, was not substantively discriminatory.

232 Il est intéressant de noter que, dans l'arrêt *Law*, on plaidait également qu'une disposition législative pourvoyant au versement de prestations de retraite moins élevées aux personnes plus jeunes créait de la discrimination fondée sur l'âge, en contravention de l'art. 15. Dans cette affaire, la demanderesse soulevait le caractère discriminatoire des dispositions du Régime de pensions du Canada qui prévoyaient, dans le cas du conjoint survivant non invalide et sans enfant à charge, une réduction progressive du plein montant de la pension de 1/120 par mois pour le nombre de mois qui reste à courir, au décès du cotisant, avant que le conjoint survivant n'atteigne l'âge de 45 ans. En conséquence, 35 ans était l'âge minimum requis pour toucher des prestations de survivant dans le cas des personnes n'ayant pas atteint l'âge de la retraite de 65 ans. Le conjoint survivant de plus de 45 ans au décès du cotisant recevait le plein montant de la pension, celui de moins de 35 ans ne recevait aucune prestation avant d'avoir atteint 65 ans et le conjoint survivant âgé de 35 à 45 ans recevait un montant progressif jusqu'à l'âge de 65 ans. Après avoir examiné les facteurs contextuels susmentionnés, le juge Iacobucci a conclu que, bien que cette distinction soit fondée sur le motif énuméré de l'âge, elle n'était pas source de discrimination réelle.

The fact that a certain legislative provision which limited the benefits to those under a certain age was found to be constitutional in one case does not

233 Le fait que notre Cour ait jugé constitutionnelle une disposition législative qui limitait le montant des prestations accordées aux personnes n'ayant pas

necessarily lead to the same conclusion here. In order to determine in this case whether the legislation is respectful of the self-worth and dignity of the appellant, the legislation has to be examined in the context of both its overriding purpose and effects, as well as the situation of the appellant.

234 As this Court held in *Law* and *Egan*, *supra*, the s. 15 analysis must be undertaken from the perspective of the appellant. As this Court has previously agreed, the focus of the inquiry is both subjective and objective (*Law*, at para. 59):

> . . . subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances; and objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances.

Thus, while it is not enough for the appellant to simply claim that her dignity was violated, a demonstration, following the subjective-objective method previously described, that there is a rational foundation for her experience of discrimination will be sufficient to ground the s. 15 claim (*Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at para. 46). The factual basis upon which the court will come to a conclusion on this point is very different from the one that will be considered in the context of a s. 1 justification. The appellant in this case must demonstrate that the legislation treated recipients of social assistance under the age of 30 in a manner that would lead a reasonable person, similarly situated, to feel that he or she was considered less worthy of "recognition . . . as a member of Canadian society": *Law*, *supra*, at para. 88. There is no balancing of interests here. In order to demonstrate that her dignity is affected, the appellant may wish to deal with some of the factors enumerated in *Law*, such as the manner in which the legislation emphasizes a pre-existing disadvantage or stereotype suffered by the appellant's group, the importance or nature of the right that is being withheld from the appellant's group, as well as the degree of care that the

un certain âge ne signifie pas nécessairement que la même conclusion s'impose dans le présent pourvoi. Pour déterminer si, en l'espèce, le texte de loi respectait l'estime de soi et la dignité de l'appelante, il faut l'examiner à la fois au regard de son objet dominant et de ses effets et au regard de la situation particulière de l'intéressée.

Comme a jugé notre Cour dans les arrêts *Law* et *Egan*, précités, l'analyse relative à l'art. 15 doit être effectuée du point de vue du plaignant. En outre, au par. 59 de l'arrêt *Law*, la Cour a précisé que le point central de l'analyse est à la fois subjectif et objectif :

> . . . subjectif dans la mesure où le droit à l'égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation propres; et objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question et le traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblables.

Par conséquent, bien que l'appelante ne puisse se contenter de plaider qu'on a porté atteinte à sa dignité, pour justifier une allégation formulée en vertu de l'art. 15 il lui sera suffisant d'établir, au moyen de la méthode subjective-objective décrite précédemment, le fondement rationnel de sa perception subjective qu'elle est victime de discrimination (*Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 46). L'assise factuelle à partir de laquelle le tribunal tirera sa conclusion sur ce point est très différente de celle qu'il examinera dans le cadre de la justification au regard de l'article premier. En l'espèce, l'appelante doit démontrer en quoi le texte de loi traitait les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans d'une façon qui amènerait une personne raisonnable se trouvant dans une situation analogue à estimer qu'elle est « moins digne d'être reconnu[e] [. . .] en tant [. . .] que membre de la société canadienne » : *Law*, précité, par. 88. Il n'est pas nécessaire de procéder à la mise en équilibre d'intérêts en l'espèce. Afin d'établir qu'on a porté atteinte à sa dignité, l'appelante peut invoquer certains des facteurs énumérés dans l'arrêt *Law*, par exemple la façon dont le texte de loi exacerbe un désavantage ou un stéréotype préexistant dont est victime le groupe

2002 SCC 84 (CanLII)

government took in crafting the legislation so as to take into account the actual needs and situation of the group's members.

(i) Pre-existing Disadvantage or Stereotype

The first contextual factor that was considered in *Law* was that of pre-existing disadvantage or prejudice. In *Law*, Iacobucci J. took notice of the fact that young widows are generally better situated to prepare for retirement than are older widows; there is no pre-existing disadvantage in their case. The respondent argues the same thing here, noting that young people are generally not considered to be routinely subjected to the sort of discrimination faced by some of Canada's discrete and insular minorities, and that they are not disadvantaged. While, in general, such a rule of thumb may hold true, it is precisely because of the generality of this type of consideration that distinctions based on enumerated or analogous grounds are suspect. The purpose of undertaking a contextual discrimination analysis is to try to determine whether the dignity of the claimant was actually threatened. In this case, we are not dealing with a general age distinction but with one applicable within a particular social group, welfare recipients. Within that group, the record makes clear that it was not, in fact, easier for persons under 30 to get jobs as opposed to their elders. The unemployment rate in 1982 had risen to 14 percent, with the rate among young people reaching 23 percent. As a percentage of the total population of people on social assistance, those under 30 years of age rose from 3 percent in 1975 to 12 percent in 1983. Thus, the stereotypical view upon which the distinction was based, that the young social welfare recipients suffer no special economic disadvantages, was not grounded in fact; it was based on old assumptions regarding the employability of young people. The creation of the assistance programs themselves demonstrates that the government itself was aware of this disadvantage.

dont elle est membre, l'importance ou la nature du droit dont le groupe en question est privé ainsi que le soin avec lequel le législateur a rédigé le texte de loi de façon à tenir compte des besoins et de la situation véritables des membres du groupe.

(i) La préexistence d'un désavantage ou d'un stéréotype

235 Le premier facteur contextuel examiné dans l'arrêt *Law* était la préexistence d'un désavantage ou d'un préjudice. Dans cet arrêt, le juge Iacobucci a reconnu le fait qu'une jeune veuve est généralement en meilleure position qu'une veuve plus âgée pour préparer sa retraite; les premières ne souffrent d'aucun désavantage préexistant. L'intimé plaide le même argument en l'espèce, soulignant d'une part que, de façon générale, on ne considère pas que les jeunes sont couramment victimes du genre de discrimination dont souffrent certaines minorités distinctes et isolées, et, d'autre part, qu'ils ne sont pas défavorisés. Bien que cette règle empirique puisse en règle générale se révéler valable, c'est précisément en raison de la généralité de ce type de considération que les distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues sont douteuses. Une analyse contextuelle de la discrimination a pour objet de déterminer s'il y a eu concrètement menace à la dignité du plaignant. En l'espèce, nous ne sommes pas en présence d'une distinction d'application générale fondée sur l'âge, mais plutôt d'une distinction applicable à un groupe particulier de la société, les bénéficiaires d'aide sociale. Il ressort clairement du dossier que, dans les faits, au sein de ce groupe, il n'était pas plus facile pour les jeunes prestataires de trouver du travail que ce ne l'était pour leurs aînés. En 1982, le taux de chômage avait grimpé à 14 p. 100 et il s'élevait à 23 p. 100 chez les jeunes. Exprimée en pourcentage de l'ensemble des bénéficiaires d'aide sociale, la proportion des personnes de moins de 30 ans est passée de 3 p. 100 en 1975 à 12 p. 100 en 1983. Par conséquent, le stéréotype sur lequel était fondée la distinction, savoir que les jeunes bénéficiaires d'aide sociale ne souffraient d'aucun désavantage économique particulier, ne reposait pas sur des faits, mais plutôt sur de vieilles prémisses relatives à l'aptitude des jeunes au travail. La création même des programmes d'aide sociale démontre que le gouvernement était au fait de ce désavantage.

2002 SCC 84 (CanLII)

236 The appellant argues that people on social assistance have always suffered disadvantage because they are victims of stereotypical assumptions regarding the reasons for being welfare recipients, and are therefore marginalized from society. In making such an argument, the appellant is not comparing social assistance recipients under 30 to those 30 and over, but instead, comparing the relative position of young social assistance recipients to members of society as a whole. This raises the question of determining what is the proper comparator.

L'appelante soutient que les bénéficiaires d'aide sociale ont toujours été défavorisés parce qu'ils sont victimes d'idées préconçues stéréotypées quant aux raisons de leur état de prestataire, et qu'ils sont en conséquence marginalisés dans la société. Dans son argument, l'appelante ne compare pas les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans à ceux de 30 ans et plus, mais plutôt la situation relative des jeunes bénéficiaires d'aide sociale par rapport à l'ensemble des membres de la société. Ce fait soulève la question de l'élément de comparaison approprié.

237 In *Law*, no argument was made that widows, as a category, have been traditionally marginalized. It was recognized, however, that in determining whether a group has suffered previous disadvantage, the analysis need not necessarily adopt the comparator upon which the distinction is first made. The question to be examined here is not whether differential treatment has occurred, which has already been established, but whether the particular group affected has been traditionally marginalized, or has faced unfair stereotyping. In *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, Iacobucci J. noted that the claimant group (non-registered natives) had faced considerable discrimination, but refused to enter into a "race to the bottom" (para. 69) by deciding who is more disadvantaged. The same approach, should, in my view, be adopted here. There is no compelling evidence that younger welfare recipients, as compared to all welfare recipients, have been traditionally marginalized by reason of their age. But that does not end the inquiry.

Dans l'affaire *Law*, personne n'a prétendu que, en tant que catégorie, les veuves avaient traditionnellement été marginalisées. Il a cependant été reconnu que, dans l'analyse visant à déterminer si un groupe souffre d'un désavantage préexistant, il n'est pas nécessaire d'utiliser l'élément de comparaison sur lequel reposait initialement la distinction. La question qu'il faut se poser en l'espèce n'est pas de savoir s'il y a eu différence de traitement — ce fait a déjà été établi —, mais si le groupe particulier touché a traditionnellement été marginalisé ou victime d'un stéréotype injuste. Dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, le juge Iacobucci a précisé que le groupe demandeur (les Autochtones non inscrits) avait été victime de beaucoup de discrimination, mais il a refusé de s'engager dans une « course vers le bas » (par. 69) et de décider quel groupe est le plus défavorisé. À mon avis, il convient d'adopter la même démarche en l'espèce. Il n'existe aucune preuve décisive indiquant que, comparativement à l'ensemble des bénéficiaires d'aide sociale, les jeunes bénéficiaires ont de tout temps été marginalisés en raison de leur âge. Cette constatation ne clôt toutefois pas l'analyse.

238 The concern, when determining whether the differential treatment of a group is discriminatory, must, according to this Court in *Law*, be governed by an overarching concern for human dignity. The fact that people on social assistance are in a precarious, vulnerable position adds weight to the argument that differentiation that affects them negatively may pose a greater threat to their human dignity. The fact that their status as beneficiaries of social assistance was not argued as constituting a new analogous ground

Lorsqu'il faut déterminer si le traitement différent réservé à un groupe donné est discriminatoire, la considération dominante doit être, comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Law*, le respect de la dignité humaine. Le fait que les bénéficiaires d'aide sociale sont dans une situation précaire et vulnérable renforce l'argument selon lequel toute distinction les affectant peut faire peser une menace plus grande sur leur dignité humaine. Le fait qu'on n'ait pas plaidé que leur qualité de bénéficiaires d'aide

2002 SCC 84 (CanLII)

should not be a matter of concern at this stage of the analysis, since it has already been determined at the second stage of the *Law* test that the differentiation has been made on the basis of an enumerated ground. The issue, at this stage, is to determine whether, in the context of this case, a differentiation based on an enumerated ground is threatening to the appellant's human dignity. If the vulnerability of the appellant's group as welfare recipients cannot be recognized at this stage, can we really be said to be undertaking a contextual analysis?

(ii) Correspondence Between Grounds Upon Which Claim Is Based and the Actual Needs, Capacity or Circumstances of the Claimant

It is at this stage of the analysis that the contrast between the competing characterizations of the legislation put forth by the appellant and the respondent is most apparent. The appellant claims that the government did not take into account the real circumstances of young adults in crafting its legislation. In arguing this point, she relies on the estimate that, in reality, only 11.2 percent of young adults were able to receive the full amount of assistance.

The respondent, on the other hand, argues that while, as in *Law*, this legislation treated younger adults differently because their prospects for supporting themselves in the future were greater than that of their elders, this regulation, unlike that in *Law*, was specifically designed to assist those under 30. In support of this contention, the respondent presents a considerable amount of evidence demonstrating that the institution of the educational programs constituted a response to an alarmingly high rate of unemployment among young people, and was therefore designed to give them the skills necessary to enter the job market so that they could be more autonomous.

The witnesses for the respondent explained that their intention in developing the new system was to help young people in their particular

sociale constitue un nouveau motif analogue ne saurait être considéré important à cette étape-ci de l'analyse, puisqu'il a déjà été jugé, à la deuxième étape du critère énoncé dans *Law*, que la distinction reposait sur un motif énuméré. À ce stade-ci, il s'agit de déterminer si, dans le contexte de la présente affaire, la dignité humaine de la plaignante est menacée en raison d'une distinction fondée sur un motif énuméré. Si la vulnérabilité des membres du groupe de l'appelante en tant que bénéficiaires d'aide sociale ne peut être reconnue à cette étape-ci, pouvons-nous vraiment dire que nous faisons une analyse contextuelle?

(ii) La correspondance entre les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du plaignant

239 C'est à la présente étape de l'analyse que ressort avec le plus d'acuité le contraste entre les descriptions divergentes qu'ont données du texte de loi l'appelante et l'intimé. L'appelante prétend que le gouvernement n'a pas tenu compte de la situation réelle des jeunes adultes lorsqu'il a élaboré son texte de loi. À l'appui de cette prétention, elle invoque l'estimation selon laquelle, dans les faits, seulement 11,2 p. 100 des jeunes adultes ont été en mesure de recevoir le plein montant de l'aide prévue.

240 Par contre, d'affirmer l'intimé, en l'espèce — tout comme dans *Law* — le texte de loi litigieux traitait différemment les jeunes adultes parce que leurs chances de subvenir à leurs besoins dans le futur étaient meilleures que celles de leurs aînés, mais contrairement au texte contesté dans *Law*, celui qui nous intéresse avait été expressément conçu pour venir en aide aux moins de 30 ans. Au soutien de cet argument, l'intimé a présenté une abondante preuve démontrant que ces programmes avaient été établis pour lutter contre le taux de chômage inquiétant chez les jeunes et visaient en conséquence à leur permettre d'acquérir les compétences nécessaires pour entrer sur le marché du travail et devenir ainsi plus autonomes.

241 Les témoins de l'intimé ont expliqué que l'élaboration du nouveau système avait pour but de venir en aide aux jeunes, eu égard à leur

2002 SCC 84 (CanLII)

2002 SCC 84 (CanLII)

situation. However, the language of much of the regulatory scheme appears, on its face, to suggest that the educational programs, and the monetary incentives that accompanied them, were blind as to the age of participants. Sections 32, 35.0.1 and 35.0.2 of the Regulation give no indication that such programs were specifically designed for young people. This is confirmed by the fact that while the programs ostensibly targeted those under 30, some people 30 and over did participate in the programs. In his judgment, Robert J.A. gave considerable weight to the fact that there were not enough places available in the programs to meet the needs of all beneficiaries under 30. When the programs were started, 30 000 places were opened, even though 85 000 single people under 30 were on social assistance. As was mentioned earlier, the programs were also open to persons 30 and over. I do not consider evidence of the number of places opened to be a significant factor in determining legislative purpose.

situation particulière. Cependant, le texte même de la majeure partie du régime établi par le Règlement semble à première vue indiquer que les programmes de formation et les incitatifs financiers dont ils étaient assortis ne tenaient pas compte de l'âge des participants. Rien dans les art. 32, 35.0.1 et 35.0.2 du Règlement n'indique que ces programmes avaient été conçus de façon particulière pour les jeunes. Cette constatation est confirmée par le fait que, bien que les programmes aient visé ostensiblement les moins de 30 ans, certaines personnes de 30 ans et plus y ont participé. Dans ses motifs, le juge Robert de la Cour d'appel accorde beaucoup d'importance au fait que les programmes ne comptaient pas suffisamment de places pour accueillir tous les bénéficiaires de moins de 30 ans. En effet, lors de leur création, ces programmes comptaient 30 000 places, alors qu'on dénombrait 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale. Comme je l'ai indiqué plus tôt, un programme était aussi ouvert aux personnes de 30 ans et plus. Je ne considère pas que la preuve relative au nombre de places disponibles constitue un facteur important pour dégager l'objet du texte de loi.

242 In my view, the treatment of legislative purpose at this stage of the s. 15(1) analysis must not undermine or replace that which will be undertaken when applying s. 1. Whether the distinction is made explicitly in the legislation, as compared with a facially neutral scheme, is immaterial when looking at legislative purpose. Indeed, this Court has adopted a unified approach to discrimination for claims under both the *Charter* and provincial human rights statutes, and affirmed that the method of discrimination is irrelevant. As McLachlin J. wrote for a unanimous Court in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at paras. 47-48:

À mon avis, l'examen de l'objet du texte de loi effectué à ce stade-ci de l'analyse fondée sur le par. 15(1) ne doit pas rendre inutile ou remplacer l'analyse qui doit être faite ultérieurement en application de l'article premier. Le fait d'être en présence d'une distinction prévue explicitement par le texte de loi plutôt que d'un régime en apparence neutre n'a aucune pertinence dans l'examen de l'objet du texte de loi. D'ailleurs, notre Cour a adopté une démarche uniforme à l'égard des plaintes de discrimination présentées en vertu soit de la *Charte* soit des lois provinciales sur les droits de la personne, et elle a confirmé que la méthode par laquelle la discrimination est créée n'est pas pertinente. Comme l'a indiqué le juge McLachlin, dans les motifs unanimes de la Cour dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 47-48 :

In the *Charter* context, the distinction between direct and adverse effect discrimination may have some analytical significance but, because the principal concern is the

Dans le contexte de la *Charte*, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable peut avoir une certaine importance

effect of the impugned law, it has little legal importance. As Iacobucci J. noted at para. 80 of *Law*, *supra*:

> While it is well established that it is open to a s. 15(1) claimant to establish discrimination by demonstrating a discriminatory legislative purpose, proof of legislative intent is not required in order to found a s. 15(1) claim: *Andrews*, *supra*, at p. 174. What is required is that the claimant establish that either the purpose or the effect of the legislation infringes s. 15(1), such that the onus may be satisfied by showing only a discriminatory effect. (Emphasis in original.)

Where s. 15(1) of the *Charter* is concerned, therefore, this Court has recognized that the negative effect on the individual complainant's dignity does not substantially vary depending on whether the discrimination is overt or covert. [Emphasis in original.]

Whether a positive legislative purpose may be relevant under the *Law* analysis at the s. 15 stage is another matter. As is clear in the passage from *Law* that I have just reproduced, a claimant may demonstrate an infringement of s. 15(1) by either the legislative purpose or the effect. In the context, it is clear that Iacobucci J. is talking only about a detrimental purpose or effect, since it is nonsensical to think that a claimant might establish that a beneficial or benign purpose or effect infringes s. 15(1). It may be argued that a positive legislative intention might make some difference in the subjective-objective assessment of a distinction's impact on a claimant's human dignity, but the "principal concern", as McLachlin J. put it, remains the effect. Furthermore, any argument based on the positive legislative intention must take into account the impugned distinction. As stated earlier, the assumption that long-term benefits of training are greater for younger persons has nothing to do with the present need of all persons for a minimum amount of support and their likely response to the availability of training programs through penalties or incentives.

sur le plan analytique, mais, puisque la principale préoccupation est l'effet de la loi contestée, cette distinction a peu d'importance sur le plan juridique. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer au par. 80 de l'arrêt *Law*, précité :

> Bien qu'il soit bien établi qu'il est loisible à la personne qui invoque le par. 15(1) de faire la preuve de la discrimination en démontrant que la loi a un objet discriminatoire, la preuve de l'intention législative n'est pas nécessaire pour établir le bien-fondé d'une allégation fondée sur l'art. 15 : *Andrews*, précité, à la p. 174. L'exigence faite au demandeur est d'établir que soit l'objet, soit l'effet de la disposition législative viole le par. 15(1), de sorte qu'il puisse satisfaire au fardeau qui lui incombe en faisant la preuve seulement d'un effet discriminatoire. (Souligné dans l'original.)

Lorsqu'il est question du par. 15(1) de la *Charte*, notre Cour reconnaît donc que l'effet négatif sur la dignité du demandeur ne varie pas sensiblement selon que la discrimination est flagrante ou dissimulée [Souligné dans l'original.]

243

Constitue une tout autre question celle de savoir si le fait qu'un texte de loi a un objet positif peut s'avérer un facteur pertinent dans l'analyse prescrite par l'arrêt *Law* à l'étape de l'art. 15. Comme l'indique clairement l'extrait de cet arrêt que je viens de citer, le demandeur peut établir l'existence d'une violation du par. 15(1) en s'attachant soit à l'objet du texte de loi soit à son effet. Vu le contexte, il est évident que le juge Iacobucci ne vise que les objets ou effets préjudiciables, puisqu'il est absurde de penser qu'un demandeur puisse prouver qu'un objet ou effet bénéfique ou bénin contrevient au par. 15(1). Il est possible de prétendre que le fait que l'intention du législateur soit positive puisse jouer dans une certaine mesure dans l'appréciation subjective-objective de l'effet de la distinction sur la dignité humaine du demandeur, mais la « principale préoccupation », pour reprendre l'expression du juge McLachlin, demeure l'effet du texte de loi. Qui plus est, tout argument invoquant l'intention positive du législateur doit tenir compte de la distinction contestée. Comme il a été indiqué plus tôt, la prémisse selon laquelle les bénéfices à long terme de la formation sont plus grands pour les jeunes n'a aucun rapport avec le besoin de toute personne de recevoir une aide financière minimale et avec la réponse probable des jeunes à la disponibilité de programmes de formation assortis de sanctions ou d'incitatifs.

2002 SCC 84 (CanLII)

244 Indeed, giving too much weight here to what the government says was its objective in designing the scheme would amount to accepting a s. 1 justification before it is required. Commentators have already raised concerns with the blurring between s. 15 and s. 1: see e.g. C. D. Bredt and A. M. Dodek, "The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter" (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175, at p. 182; Hogg, *supra*, at p. 52-27. In my view, it is highly significant whether certain factors are considered under s. 15 or s. 1. As the Chief Justice recently wrote for the majority of this Court in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68, at para. 10:

> The *Charter* distinguishes between two separate issues: whether a right has been infringed, and whether the limitation is justified. The complainant bears the burden of showing the infringement of a right (the first step), at which point the burden shifts to the government to justify the limit as a reasonable limit under s. 1 (the second step). These are distinct processes with different burdens.

The point is that under the *Oakes* analysis, the legislative objective is not accepted uncritically. At the s. 15 stage, it is not appropriate to accept at face value the legislature's characterization of the purpose of the legislation and then use that to negate the otherwise discriminatory effects.

245 In any case, as I have noted, the legislature's intention is much less important at this stage of the *Law* analysis than the real effects on the claimant. The fundamental question, then, in this case, is not how the legislature viewed the scheme, nor how members of the majority would have viewed it in relation to the claimant group. The approach set out for us by *Law* is to ask how any member of the majority, reasonably informed, would feel in the shoes of the claimant, experiencing the effects of the legislation. This approach is essential: if people whom the legislature views as different are not

De fait, accorder un poids trop grand ici aux prétentions du gouvernement quant à l'objectif qu'il poursuivait lorsqu'il a conçu le régime en litige reviendrait à accepter une justification au regard de l'article premier avant même qu'elle ne soit requise. Des commentateurs ont déjà exprimé certaines inquiétudes relativement à la confusion qui existe entre l'art. 15 et l'article premier : voir, par exemple, C. D. Bredt et A. M. Dodek, « The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter » (2001), 14 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 175, p. 182; Hogg, *op. cit.*, p. 52-27. À mon avis, le fait que certains facteurs soient pris en compte soit dans l'analyse fondée sur l'article premier, soit dans celle fondée sur l'art. 15, est très pertinent. Comme l'a indiqué récemment le Juge en chef dans les motifs de la majorité dans l'arrêt *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, par. 10 :

> La *Charte* établit une distinction entre deux questions distinctes : celle de savoir s'il y a eu atteinte à un droit et celle de savoir si la restriction est justifiée. Le plaignant a le fardeau de prouver qu'une atteinte a été portée à un droit (première étape), après quoi il incombe au gouvernement de prouver que la restriction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier (deuxième étape). Il s'agit de deux processus distincts impliquant des fardeaux de preuve différents.

Le fait est que, dans le cadre de l'analyse prescrite dans l'arrêt *Oakes*, le tribunal n'accepte pas aveuglément ce qui, avance-t-on, serait l'objectif visé par le texte de loi. À l'étape de l'examen fondé sur l'art. 15, il ne convient pas d'accepter sans réserve la description que donne le législateur de l'objet de la loi et de l'invoquer ensuite pour faire contrepoids à des effets par ailleurs discriminatoires.

Quoi qu'il en soit, comme je l'ai souligné précédemment, à cette étape-ci de l'analyse prescrite dans l'arrêt *Law*, l'intention du législateur revêt beaucoup moins d'importance que les effets concrets de la mesure sur le demandeur. Par conséquent, la question fondamentale en l'espèce ne consiste pas à se demander comment les membres de la majorité de la population auraient considéré le régime par rapport aux membres du groupe de l'appelante. La démarche énoncée dans *Law* consiste à se demander comment tout membre raisonnablement bien informé de la majorité se sentirait s'il se trouvait dans la

2002 SCC 84 (CanLII)

demonstrably different at all, the measure should not be acceptable. In other words, this Court's holding that substantive equality can mean treating different people differently applies only where there is a genuine difference.

situation de l'appelante et subissait les effets du texte de loi contesté. Cette démarche est essentielle : si des personnes que le législateur considère différentes ne le sont visiblement pas de quelque façon que ce soit, la mesure litigieuse ne saurait être acceptable. En d'autres mots, la conclusion de notre Cour selon laquelle l'égalité réelle peut impliquer que des personnes différentes doivent être traitées différemment ne s'applique que lorsqu'il existe une différence réelle.

2002 SCC 84 (CanLII)

Moreover, unlike the situation in *Law*, in which the legislation in question gradually decreased the benefits from the age of 45 to 35, the *Social Aid Act* created a bright line at 30, a line which appears to have had little, if any, relationship to the real situation of younger people. As the appellant has demonstrated, and the respondent conceded, the dietary and housing costs of people under 30 are no different from those 30 and over. The respondent argued that those under 30 were more likely to live with their parents than those 30 and over. While this appears to have been true, the government had no empirical data to support that view when it adopted the Regulation; it was also shown that those over 25 were much less likely to live with their parents than those under 25. Thus, the decision to draw a bright line at the age of 30 appears to have little to do with the actual situation of the affected group.

246 Qui plus est, contrairement à la situation qui existait dans l'arrêt *Law*, où le texte de loi contesté accordait aux bénéficiaires âgés de 35 à 45 ans des prestations n'augmentant que progressivement, en l'espèce la *Loi sur l'aide sociale* fixait une ligne de démarcation nette — 30 ans —, qui paraît n'avoir que peu de rapports, voire aucun, avec la situation véritable des adultes de moins de 30 ans. Comme l'a démontré l'appelante — point qu'a d'ailleurs concédé l'intimé —, les dépenses au titre de l'alimentation et du logement des personnes de moins de 30 ans ne diffèrent pas de celles des personnes de 30 ans et plus. De prétendre l'intimé, les personnes de moins de 30 ans étaient plus susceptibles de vivre chez leurs parents que celles de 30 ans et plus. Bien que cela semble avoir été le cas, le gouvernement ne possédait aucune donnée empirique étayant cette affirmation au moment où il a pris le Règlement. On a par ailleurs également démontré que les 25 ans et plus étaient beaucoup moins susceptibles de vivre chez leurs parents que les moins de 25 ans. Par conséquent, il semble que la décision de tracer une ligne de démarcation nette à 30 ans ait peu à voir avec la situation réelle du groupe touché.

No attempt appears to have been made by the government to actually identify those recipients who were living with their parents, either through the Regulation or through the screening and application process. In fact, no effort was made to establish what living conditions were and a presumption was adopted that all persons under 30 received assistance from their family. This was obviously untrue, as the appellant's personal experience has shown. It is worth mentioning here that this situation is very different from that in *Law*, where there was a rational basis for presuming that younger widows had fewer

247 Le gouvernement ne semble pas avoir tenté d'identifier concrètement les bénéficiaires vivant chez leurs parents, que ce soit au moyen du Règlement ou dans le cadre du processus de tamisage et d'examen des demandes. De fait, aucun effort n'a été déployé pour déterminer les conditions de vie des personnes de moins de 30 ans et l'on a présumé que ces dernières recevaient toutes de l'aide de leur famille, ce qui n'était évidemment pas le cas, comme en témoigne l'expérience personnelle de l'appelante. Il importe de rappeler que, en l'espèce, la situation est fort différente de celle qui

needs and superior means of meeting those needs than older widows. In contrast, the young in the present case have similar needs to their elders and their relative youth provides no advantage in meeting those needs.

existait dans l'affaire *Law*, où il existait des raisons logiques de présumer que les jeunes veuves avaient des besoins moins nombreux que ceux des veuves plus âgées et qu'elles disposaient de ressources supérieures pour y subvenir. À l'opposé, les jeunes adultes visés en l'espèce ont des besoins semblables à ceux de leurs aînés et leur relative jeunesse n'offre aucun avantage lorsqu'il s'agit de satisfaire ces besoins.

248 While the government offered evidence to show that the programs it established targeted what it saw as the needs of those under 30, there does seem to have been a certain degree of reliance on the fact that, by happenstance, the distinction between those under 30 years of age and those 30 and over had traditionally existed in Quebec's social assistance laws. As the government economist Pierre Fortin noted in his report, speaking about the need to do something about the difficult situation facing young welfare recipients:

Bien que le gouvernement ait présenté des éléments de preuve pour démontrer que ses programmes visaient à répondre à ce qu'il considérait comme les besoins des personnes de moins de 30 ans, il semble fortuitement s'être servi jusqu'à un certain point de la distinction entre les moins de 30 ans et les 30 ans et plus qu'on a traditionnellement faite au Québec dans les lois en matière d'aide sociale. Comme l'a souligné dans son rapport l'économiste du gouvernement, Pierre Fortin, relativement au besoin d'agir à l'égard de la situation difficile dans laquelle se trouvaient les jeunes bénéficiaires d'aide sociale :

[TRANSLATION] An opportunity was provided by the existence of the reduced scale for those capable of working who were under 30 years of age, which could be brought back up to the regular scale provided the recipient participated in one or other of the employability development measures.

(P. Fortin, "Les mesures d'employabilité à l'aide sociale: origine, signification et portée" (February 1990), at p. 3)

L'occasion en fut fournie par l'existence du barème réduit pour les aptes de moins de 30 ans, qu'on pouvait ramener au barème régulier sous condition de participation à l'une ou l'autre des mesures de développement de l'employabilité.

(P. Fortin, « Les mesures d'employabilité à l'aide sociale : origine, signification et portée » (février 1990), p. 3)

The prior existence of the distinction between beneficiaries under 30 and those 30 and over was based upon older schemes which had sought to emphasize the "principle of parental responsibility" and which had been created within the context of much lower levels of youth unemployment. Thus, the relationship between the actual needs of welfare recipients under 30 and the provisions of the *Social Aid Act* and Regulation was not particularly strong. By relying on a distinction that had existed decades earlier and that did not take into account the actual circumstances faced by those under 30 in the 1980s, the legislation appears to have shown little respect for the value of those recipients as individual human beings. It created for them what it defined as substandard living conditions on the

La préexistence de la distinction entre les bénéficiaires de moins de 30 ans et ceux de 30 ans et plus était fondée sur d'anciens régimes dans lesquels on avait voulu mettre l'accent sur le « principe de la responsabilité parentale » et qui avaient été créés durant des périodes où le taux de chômage chez les jeunes était beaucoup plus bas. Par conséquent, le lien entre les besoins réels des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans et les dispositions de la *Loi sur l'aide sociale* et de son règlement d'application n'était pas particulièrement solide. En se fondant sur une distinction qu'on avait faite plusieurs décennies auparavant et qui ne tenait même pas compte de la situation véritable des moins de 30 ans dans les années 80, on semble avoir fait preuve de peu de respect dans le texte de loi pour la valeur de ces

2002 SCC 84 (CanLII)

basis of their age. Where, as here, persons experience serious detriment and evidence shows that the presumptions guiding the legislature were factually unsupported, it is not necessary to demonstrate actual stereotyping, prejudice, or other discriminatory intention. Nor does a positive intention save the regulation. That is the lesson to be drawn from this Court's cases on indirect or effects discrimination: *BCGSEU*, *supra*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114. I would therefore disagree with the Chief Justice's views as expressed at para. 38 of her reasons. She writes there that far from being stereotypical or arbitrary, the program was calibrated to address the particular needs and circumstances of young adults requiring social assistance. In my view it is more appropriate to characterize the government's action in this way: Based on the unverifiable presumption that people under 30 had better chances of employment and lower needs, the program delivered to those people two thirds less of what the government viewed as the basic survival amount, drawing its distinction on a characteristic over which those people had no control, their age.

Before turning to the next contextual factor, I wish to address the issue of evidence and the burden of proof necessary to demonstrate a *Canadian Charter* infringement. The Chief Justice is clearly influenced by what she perceives as the lack of evidence from other individuals besides Ms. Gosselin in support of the contentions of adverse effect. It appears to me that the Chief Justice is also influenced by the procedural fact that Ms. Gosselin's claim was authorized as a class action. It is clear that, in Quebec, to obtain authorization for a class action, the applicant must

personnes en tant qu'êtres humains. Sur le fondement de l'âge, le texte de loi créait pour ces personnes des conditions de vie inférieures à celles qu'il définissait comme étant des conditions minimales. Dans les cas où, comme en l'espèce, des personnes subissent un grave désavantage et où la preuve démontre que les hypothèses ayant guidé le législateur n'étaient pas étayées par les faits, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence concrète de stéréotype, préjugé ou autre intention discriminatoire. L'existence d'une intention positive ne préserve pas davantage la validité de la mesure réglementaire litigieuse. Voilà l'enseignement qu'il faut tirer de la jurisprudence de notre Cour sur la discrimination indirecte ou les effets de la discrimination : *BCGSEU*, précité; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114. Je ne saurais donc souscrire aux vues exprimées par le Juge en chef au par. 38, où elle écrit que, loin d'être stéréotypé ou arbitraire, le programme était conçu pour répondre à la situation et aux besoins particuliers des jeunes adultes nécessitant de l'aide sociale. Voici, à mon avis, une description plus fidèle de la mesure établie par le gouvernement : basé sur l'hypothèse invérifiable selon laquelle les personnes de moins de 30 ans ont des besoins moins grands que leurs aînés et de meilleures chances que ceux-ci de se trouver un emploi, le programme accordait aux premières une somme inférieure des deux tiers à celle que le gouvernement considérait comme le strict nécessaire, et il fondait cette distinction de traitement sur une caractéristique indépendante de la volonté de ces personnes, à savoir leur âge.

249 Avant d'amorcer l'analyse du prochain facteur contextuel, je tiens à examiner la question du fardeau de la preuve et de la preuve requise pour établir l'existence d'une violation de la *Charte canadienne*. Madame le Juge en chef est manifestement influencée par ce qu'elle considère être l'absence de preuve, émanant d'autres personnes que Mme Gosselin, au soutien des prétentions reprochant l'existence d'effets préjudiciables. Il me semble qu'elle est également influencée par le fait d'ordre procédural que la demande de Mme Gosselin est un recours collectif.

2002 SCC 84 (CanLII)

prove the existence of a group of persons harmed by facts deriving from a common origin: P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs* (1996), at p. 400. Ms. Gosselin obtained authorization, and that authorization is not a live issue in this appeal, so it is established that she has proved the existence of such a group before the court. While even respecting the common law mechanism it is not necessary that common issues predominate or that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46, at para. 39, *per* McLachlin C.J.), the legislature in Quebec deliberately departed from the conception of common interest by which all points at issue must be identical, questions of law as well as questions of fact. The legislative intention was for the class action to apply where the problem raised by a member of the group resembles without being identical to those raised by other members. See Lafond, *supra*, at pp. 405-6; *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 1003(*a*). The question of the extent of individual disadvantage suffered would become relevant much later, when calculating damages. At this stage, however, it would be a departure from past jurisprudence for this Court to refuse to find a *Canadian Charter* breach on the basis that the claimant had not proven disadvantage to enough others. As the Chief Justice wrote in *Sauvé*, *supra*, at para. 55: "Even one person whose *Charter* rights are unjustifiably limited is entitled to seek redress under the *Charter*."

Au Québec, il est clair que la personne qui demande l'autorisation d'intenter un recours collectif doit prouver l'existence d'un groupe de personnes lésées par des faits ayant une origine commune : P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs* (1996), p. 400. Madame Gosselin a obtenu l'autorisation requise et il ne s'agit pas d'une question en litige dans le présent pourvoi. En conséquence, elle a prouvé l'existence d'un tel groupe devant les tribunaux. Bien qu'il ne soit pas nécessaire (et ce même suivant les règles de la common law applicables en la matière) que les questions communes prédominent, ni que les membres du groupe soient dans une situation identique vis-à-vis de la partie adverse (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, par. 39, le juge en chef McLachlin), le législateur québécois a délibérément dérogé à la notion d'intérêt commun, notion requérant que toutes les questions — juridiques et factuelles — soient identiques. L'intention du législateur était d'autoriser les recours collectifs lorsque le problème soulevé par un membre du groupe ressemble à ceux soulevés par les autres membres, sans pour autant être identique. Voir Lafond, *op. cit.*, p. 405-406; al. 1003*a*) du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. La question de l'étendue du désavantage subi par chacun devient pertinente beaucoup plus tard, au moment de la détermination des dommages-intérêts. À cette étape-ci, toutefois, constituerait une dérogation à la jurisprudence antérieure de notre Cour le fait de refuser de conclure à l'existence d'une violation de la *Charte canadienne* au motif que l'appelante n'aurait pas établi qu'un nombre suffisamment grand d'autres personnes ont elles aussi subi un désavantage. Comme l'a souligné le Juge en chef dans l'arrêt *Sauvé*, précité, par. 55 : « L'atteinte portée sans justification aux droits garantis ne fût-ce que d'une seule personne fonde celle-ci à demander réparation en vertu de la *Charte.* »

(iii) Ameliorative Purpose

250 The respondent argues that the purpose of this legislation was ameliorative in that it was meant to improve the situation of unemployed youths through academic and experiential benefits, as opposed to

(iii) L'objet améliorateur

L'intimé affirme que le texte de loi avait un objet améliorateur en ce qu'il visait à améliorer la situation des jeunes chômeurs au moyen de mesures de formation et d'expérience de travail, plutôt

2002 SCC 84 (CanLII)

exclusively pecuniary assistance. Quite simply, this is not a useful factor in determining whether this legislation's differential treatment was discriminatory. In *Law*, *supra*, Iacobucci J. held that a piece of legislation might be less harmful to a group's dignity if its purpose or effect is to help a more disadvantaged person or group in society. In that case, the fact that the purpose of the legislation was to aid elderly widows meant that the impact on the dignity of those under the age of 35 was lessened. Such is not the case here. In this case, the legislature has differentiated between the appellant's group and other welfare recipients based on what it claims is an effort to ameliorate the situation of the very group in question. Groups that are the subject of an inferior differential treatment based on an enumerated or analogous ground are not treated with dignity just because the government claims that the detrimental provisions are "for their own good". If the purpose and effect of the distinction really are to help the group in question, the government should be able to show a tight correspondence between the grounds upon which the distinction is being made and the actual needs of the group. Here, no correspondence has been shown between the lower benefit and the actual needs of the group, even though it may have been established that the programs were themselves beneficial. The only logical inference for the differential treatment is that younger welfare recipients will not respond as positively to training opportunities and must be coerced by punitive measures while older welfare recipients are expected to respond positively to incentives.

que par une assistance exclusivement financière. Il ne s'agit vraiment pas d'un facteur utile pour décider si le traitement différent prévu par le texte de loi était discriminatoire. Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a conclu qu'un texte de loi pourrait avoir un effet préjudiciable moins grand sur la dignité d'un groupe si ce texte a pour objet ou effet d'aider des personnes ou groupes plus défavorisés dans notre société. Dans cette affaire, le fait que l'objet de la loi en litige était de venir en aide aux veuves âgées avait pour effet d'atténuer l'incidence de cette loi sur la dignité des personnes de moins de 35 ans. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans la présente affaire, la législature a établi une distinction entre le groupe dont fait partie l'appelante et les autres bénéficiaires d'aide sociale en se fondant sur ce qu'elle affirme être un effort d'amélioration de la situation du groupe en question. Un groupe qui fait l'objet d'un traitement différent et moins favorable, fondé sur un motif énuméré ou un motif analogue, n'est pas traité avec dignité du seul fait que le gouvernement prétend avoir pris ses dispositions préjudiciables « pour le bien du groupe ». Si la distinction a réellement pour objet et pour effet de venir en aide au groupe en question, le gouvernement devrait être en mesure d'établir une correspondance étroite entre les motifs sur lesquels la distinction est fondée et les besoins véritables du groupe. En l'espèce, on n'a pu démontrer aucune correspondance entre les prestations inférieures et les besoins réels du groupe, même si on a peut-être été en mesure d'établir que les programmes étaient en soi utiles. La seule inférence logique qu'il est possible de tirer de la différence de traitement est que les jeunes bénéficiaires d'aide sociale ne répondent pas aussi favorablement aux occasions de formation que leurs aînés et qu'ils doivent être contraints à y participer au moyen de mesures pénalisantes, alors qu'on peut escompter que les bénéficiaires plus âgés répondront positivement aux incitatifs.

(iv) Nature of the Interest Affected

The more important the interest that is affected by differential treatment, the greater the chance that such differential treatment will threaten a group's self-worth and dignity. This determination will

(iv) La nature du droit touché

251 Plus le droit touché par le traitement différent est important, plus il y a de risques que ce traitement menace l'estime de soi et la dignité du groupe visé. Pour décider si c'est le cas, il faut

2002 SCC 84 (CanLII)

generally require both a qualitative assessment of the interest affected and a quantitative inquiry as to the extent to which it is denied to the claimant. This case deals with a social assistance program which, despite the admitted existence of a secondary objective of helping people integrate into the workforce, has as its stated purpose the provision of the basic necessities for those in need. Thus, when the government creates a distinction that in some cases will result in people receiving only one third of what it has deemed to be the bare minimum for the sustainment of life, the effect on the members of the group is severe. As Iacobucci J. held in *Law*, *supra*, citing L'Heureux-Dubé J. in *Egan*, *supra*: "the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating not only the economic but also the constitutional and societal significance attributed to the interest or interests adversely affected by the legislation in question" (para. 74). Here, there is an obvious and important interest in having enough money to assure one's own survival.

généralement procéder à la fois à une appréciation qualitative du droit touché et à une analyse quantitative visant à déterminer dans quelle mesure ce droit a été refusé au demandeur. Le présent pourvoi porte sur un programme d'aide sociale qui, bien qu'on lui ait reconnu un objectif secondaire — savoir celui d'aider les gens à s'intégrer dans la population active —, avait comme objectif explicite de pourvoir aux besoins fondamentaux des personnes nécessiteuses. Par conséquent, lorsque le gouvernement crée une distinction qui, dans certains cas, a pour effet que des personnes reçoivent seulement le tiers de la somme que le gouvernement lui-même a jugée constituer le strict minimum dont a besoin une personne pour subvenir à ses besoins, l'effet de cette distinction sur les membres du groupe concerné est sérieux. Comme a conclu le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, précité, par. 74, citant les propos suivants du juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité : « on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans mesurer non seulement l'importance économique, mais aussi l'importance sur le plan de la société et de la constitution, du droit ou des droits auxquels les dispositions en question ont porté atteinte ». En l'espèce, un droit évident et important est en jeu, soit celui des individus de disposer de suffisamment d'argent pour assurer leur subsistance.

252 In *Law*, the Court noted that the purpose and function of the impugned CPP provisions were not to remedy the immediate financial need experienced by widows and widowers, but rather to enable older widows and widowers to meet their basic needs in the long term. In this case, while it is admitted that dealing with long-term dependancy is one of the legislation's objectives, the short-term remedying of immediate financial needs continues to play a dominant role in the objectives of the legislation. The difference in the nature and importance of the interest affected — provision for basic needs immediately as opposed to over the long term — is one of the crucial distinctions between the present case and *Law*. The effect of the distinction in the present case is that the claimant and others like her would have had their income far below not just the government's poverty line, but its basic survival amount. A

Dans l'arrêt *Law*, la Cour a précisé que l'objet et la fonction des dispositions contestées du RPC n'étaient pas de pourvoir aux besoins financiers immédiats des veuves et des veufs, mais plutôt de permettre aux veuves et aux veufs plus âgés de subvenir à long terme à leurs besoins essentiels. Dans le présent pourvoi, quoique l'on reconnaisse que l'un des objectifs du texte de loi soit de lutter contre la dépendance chronique à l'aide sociale, répondre à court terme aux besoins financiers immédiats continue d'être un aspect primordial des objectifs de ce texte de loi. La différence en ce qui concerne la nature et l'importance du droit touché — à savoir la satisfaction immédiate, plutôt qu'à long terme, des besoins essentiels — est l'une des distinctions cruciales entre la présente affaire et l'arrêt *Law*. L'effet de la distinction en l'espèce est que l'appelante et les personnes dans sa situation

2002 SCC 84 (CanLII)

genuine contextual approach will appreciate this distinction and will not find the result determined by the apparent similarities in that both cases address an age distinction for a government benefit.

étaient susceptibles d'avoir un revenu bien inférieur non seulement au seuil de pauvreté établi par le gouvernement, mais également à la somme considérée par celui-ci comme le minimum essentiel pour survivre. Une véritable démarche contextuelle tient compte de cette distinction et ne laissera pas le résultat être dicté par les apparentes similitudes entre les deux affaires, à savoir le fait qu'il s'agit dans les deux cas d'une distinction fondée sur l'âge, qui détermine le droit à une prestation gouvernementale.

2002 SCC 84 (CanLII)

253 In her submissions, the respondent argues that it was not the creation of a lower base level of support for young people that was responsible for the deplorable situation in which many of them found themselves during the early 1980s. Instead, she argues, what was being offered were skills to allow young persons to enter the workforce, thereby reinforcing their dignity and self-worth:

253 Dans ses observations, l'intimé fait valoir que la situation déplorable dans laquelle se trouvaient de nombreux jeunes au début des années 80 ne résultait pas de l'établissement de niveaux d'assistance moins élevés. À son avis, on donnait plutôt aux jeunes la chance d'acquérir des compétences visant à leur permettre de s'intégrer dans la population active et ainsi de renforcer leur dignité et leur estime de soi :

> [TRANSLATION] . . . work is universally recognized as an essential component of human dignity. . . .

> . . . le travail est universellement reconnu comme une composante essentielle de la dignité humaine . . .

254 This statement says nothing about the differential treatment of those offered opportunities to obtain training or work experience. Furthermore, what much of the government's reasoning neglects is that the global economic situation that created the need for a program to help young people was characterized by the fact that there were no jobs available. The reason that these young people were not in the labour force was not exclusively that their skills were too low, or that they were undereducated, but that there were no jobs to be had. This is not to question the wisdom of the government's programs, but to emphasize that the effect that the maintenance of this distinction had on the members of the group in question was real and severe given the economic context of the time. Even if one were to accept, as I do not, that the government's positive intention was a significant factor in diminishing the impact of the impugned law on human dignity, or that there was no implicit stereotype that young persons would not have participated in training programs absent severe deprivation, any reading of the evidence indicates that it was highly improbable that a person under 30,

254 Cette affirmation ne renseigne en rien sur le traitement différent réservé à ceux à qui on offrait la possibilité d'obtenir de la formation et de l'expérience. En outre, un point à propos duquel le raisonnement du gouvernement est pour l'essentiel muet est le fait que la conjoncture générale, qui avait donné naissance au besoin d'établir un programme d'aide pour les jeunes, se caractérisait par l'absence d'emplois. La raison pour laquelle ces jeunes ne faisaient pas partie de la population active n'était pas exclusivement le fait qu'ils possédaient des compétences ou des études insuffisantes, mais aussi le fait qu'il n'y avait pas d'emplois disponibles. L'idée n'est pas de mettre en doute la sagesse des programmes du gouvernement, mais de bien faire ressortir que le maintien de la distinction a eu une incidence réelle et sérieuse sur les membres du groupe en question, vu le contexte économique de l'époque. Même si on accepte — ce que je ne fais pas — que l'intention positive du gouvernement a contribué de façon importante à réduire l'incidence de la mesure législative contestée sur la dignité humaine, ou encore qu'il n'existait aucun stéréotype implicite fondé sur l'idée que les

with the best intentions, could at all times until he or she was 30 years old be registered in a program and therefore receive the full subsistence amount. Not all programs were open to each welfare recipient, and there would inevitably be waiting periods between the completion of one program and the start of another. During such periods, persons under 30 would clearly be exposed to deep poverty unlike persons 30 and over, in a way going directly to their human dignity and full participation as equally valued members of society.

jeunes adultes ne participeraient pas aux programmes de formation à moins de risquer de graves privations, il ressort de la preuve, peu importe l'angle sous lequel on l'examine, qu'il était hautement improbable qu'une personne de moins de 30 ans, aussi déterminée fut-elle, aurait pu à tout moment jusqu'à son trentième anniversaire être inscrite à un programme et recevoir le plein montant des prestations. Les divers programmes n'étaient pas ouverts à tous les bénéficiaires d'aide sociale et il y avait inévitablement des périodes d'attente entre la fin d'un programme et le début d'un autre. Durant ces intervalles, les moins de 30 ans, contrairement à leurs aînés, étaient clairement exposés à souffrir d'extrême pauvreté, et ce d'une manière affectant directement leur dignité humaine et les empêchant d'être considérés comme des membres à part entière de la société.

255 The situation of Ms. Gosselin herself is illustrative of the manner in which s. 29(*a*) operated and affected her basic human dignity. There is no necessity for her to bring evidence of actual deprivation of other named welfare recipients under the age of 30. From the inception of the legislative scheme in question, Ms. Gosselin spent some months participating in the programs, receiving full benefits, and some months between programs, receiving a reduced amount in benefits. During the times that she was participating in the programs, she benefited from the experience that the programs offered, as well as the increase in benefits that such participation provided her. But, being a person under 30 years of age, much of the time she was living in fear of being returned to the reduced level of support. At certain times, she was not immediately capable of entering into a program; then, as well as when a program ended, she was left to fall back on the lower benefit. When she was given the opportunity of participating in a program, she took advantage of it. But if her participation in a particular program did not work out, as when she discovered that she had an allergy to animals and could no longer work at the pet store, she was left to survive on the reduced amount until another placement was made available to her. The presumption that she could rely on her mother was not based on true fact. She was in reality forced

La situation de Mme Gosselin permet d'illustrer l'application de l'al. 29*a*) et la façon dont il portait atteinte à sa dignité fondamentale. Elle n'est pas tenue de prouver que d'autres bénéficiaires d'aide sociale nommément désignés et âgés de moins de 30 ans ont subi des privations concrètes. Dès l'entrée en vigueur du régime légal en question, Mme Gosselin a participé aux programmes pendant un certain nombre de mois au cours desquels elle recevait le plein montant des prestations, alors que durant les mois où les programmes n'étaient pas offerts elle touchait des prestations réduites. Pendant les périodes où elle a pris part aux programmes, elle a profité de l'expérience que ces programmes lui permettaient d'acquérir ainsi que d'une majoration de ses prestations. Cependant, comme elle avait moins de 30 ans, elle vivait la plupart du temps dans la crainte de voir ses prestations réduites. Parfois, il lui était impossible de s'inscrire immédiatement à un programme. À ces moments, ainsi que dans les cas où un programme prenait fin, elle recommençait à toucher les prestations réduites. Lorsqu'elle a eu l'occasion de participer à un programme, elle en a profité. Cependant, si sa participation à un programme donné ne fonctionnait pas, mentionnons par exemple la fois où elle a découvert qu'elle était allergique aux animaux et a dû cesser de travailler à l'animalerie, elle devait subvenir à ses besoins à l'aide des prestations réduites jusqu'au prochain placement

2002 SCC 84 (CanLII)

to survive on less than the recognized minimum received by those 30 and over.

professionnel. La présomption selon laquelle elle pouvait compter sur l'aide de sa mère ne reposait sur aucun fait concret. En réalité, elle était contrainte de subvenir à ses besoins au moyen de ressources inférieures au minimum reconnu, que recevaient par ailleurs les 30 ans et plus.

256 This threat to her living income, described by a government witness as "the stick" to accompany "the carrot", caused a great deal of stress to the appellant. This additional stress, which was not experienced by those recipients 30 and over, dominated the appellant's life. Even when she was able to live with her mother, the arrangement was not ideal. It was in fact a situation she expended a great deal of energy in avoiding. At certain times, living with her mother was not even an option, as when the rules in her mother's housing changed, preventing the appellant from sharing her mother's one-bedroom apartment. Undoubtedly, this is a situation that would be stressful for any person, but for the purposes of s. 15 what made the appellant's experience demeaning was the fact that she was placed in a position that the government itself admits is a precarious and unliveable one, while it provided that older recipients of social assistance would be permitted to participate in at least one of the same programs and to receive an equivalent increase in benefits. Older recipients did not suffer a massive decrease in their benefits for failure to participate in a self-improvement program. This distinction was made simply on the basis of age, not need, opportunity or personal circumstances.

Cette menace à son revenu, qu'un témoin du gouvernement a décrit comme « le bâton » accompagnant « la carotte », a beaucoup stressé l'appelante. Ce stress additionnel, que ne vivaient pas les bénéficiaires de 30 ans et plus, a dominé la vie de l'appelante. Même lorsqu'elle a pu vivre chez sa mère, ce n'était pas l'arrangement idéal. C'était en fait une situation qu'elle cherchait énergiquement à éviter. À certains moments, vivre chez sa mère n'était même pas une possibilité, notamment lorsque des modifications apportées aux règlements de l'immeuble où celle-ci habitait l'ont empêchée de partager l'appartement de sa mère, qui ne comptait qu'une chambre à coucher. Il ne fait pas de doute qu'une telle situation serait stressante pour n'importe qui, mais, pour l'application de l'art. 15, ce qui a rendu humiliante l'expérience vécue par l'appelante est le fait qu'elle a été placée dans une situation que le gouvernement reconnaît lui-même comme précaire et invivable, alors qu'il permettait aux bénéficiaires d'aide sociale plus âgés de participer à au moins un de ces mêmes programmes et de profiter de la même majoration de leurs prestations. Ces bénéficiaires ne subissaient pas de réduction massive de leurs prestations s'ils ne participaient pas à un programme d'amélioration de leur situation personnelle. On a établi cette distinction sur le seul fondement de l'âge des personnes visées et non en fonction de leurs besoins, de leurs possibilités ou de leur situation personnelle.

257 I wish to reiterate that, as this Court's jurisprudence makes clear, the fourth contextual inquiry focuses on the particular interest denied or limited in respect of the claimant, not the societal interests engaged by the legislature's broader program or another particular benefit purportedly being provided to the claimant. In my view, the interests that the Chief Justice discusses under the fourth inquiry of the *Law* test at para. 65 belong properly under the s. 1 justification. The interest denied to the

Je tiens à rappeler que, comme l'indique clairement la jurisprudence de notre Cour, la quatrième analyse contextuelle porte sur le droit particulier dont le demandeur se voit privé entièrement ou partiellement, et non sur les intérêts sociétaux que sert l'ensemble du programme du législateur ou sur un autre avantage particulier censément fourni au demandeur. À mon avis, les droits et intérêts examinés par le Juge en chef, au par. 65, en application du quatrième volet du critère établi dans *Law*, relèvent

2002 SCC 84 (CanLII)

appellant in this case was not "faith in the usefulness of education", but rather welfare payments at the government's own recognized subsistence level. Consideration of any "positive impact of the legislation" belongs in the proportionality analysis at s. 1.

plutôt de l'étape de la justification au regard de l'article premier. Le droit nié à l'appelant en l'espèce n'était pas la « foi en l'utilité de l'instruction », mais plutôt des prestations d'aide sociale correspondant au niveau de subsistance reconnu par le gouvernement lui-même. La prise en considération de « l'effet positif de la mesure législative » doit se faire à l'étape de l'analyse de la proportionnalité dans le cadre de l'examen fondé sur l'article premier.

258 In conclusion, the appellant has shown that in certain circumstances, and in her circumstances in particular, there were occasions when the effect of the Regulation differentiation between those under 30 years of age and those 30 and over was such that beneficiaries under 30 could objectively be said to have experienced governmental treatment that failed to respect them as full persons. Given that this differential treatment was based on the enumerated ground of age, it was already suspect for the purposes of s. 15. The fact, among others, that no matter what she did, a beneficiary under 30 would never receive the same benefit as a beneficiary 30 or over participating in a similar program confirms, from the standpoint of the reasonable person, that such treatment would affect one's own feeling of self-worth. I would therefore find that the distinction made by s. 29(*a*) of the Regulation is discriminatory.

En conclusion, l'appelante a démontré que, dans certaines circonstances et particulièrement dans sa situation personnelle, il y a eu des occasions où l'effet de la différence établie par le Règlement entre les moins de 30 ans et les 30 ans et plus était tel qu'on pourrait objectivement affirmer que les premiers ont été traités par le gouvernement d'une manière qui ne les respectait pas en tant que citoyens à part entière. Comme ce traitement différent était fondé sur un motif énuméré, à savoir l'âge, il était déjà suspect pour l'application de l'art. 15. Le fait, notamment, qu'une bénéficiaire de moins de 30 ans ne pourrait jamais, quoi qu'elle fasse, recevoir des prestations égales à celles reçues par les bénéficiaires de 30 ans et plus participant à un programme similaire vient confirmer que, considéré du point de vue d'une personne raisonnable, ce traitement avait pour effet de miner l'estime de soi de l'intéressée. En conséquence, j'estime que la distinction établie par l'al. 29*a*) du Règlement est discriminatoire.

259 It can be argued that the government could not design a perfect program, and that in a program such as this, some people are bound to fall through the cracks. Indeed, the Chief Justice accepts this argument, noting that a government need not achieve a perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group. But in light of the importance of the interest affected, this should not provide a bar to a finding that Ms. Gosselin's dignity was adversely affected. The severe harm suffered by the appellant as a result of the age-based distinction far exceeds the margin of imperfection Iacobucci J. contemplated in *Law*, *supra*, at para. 105. The respondent's claim that such treatment was in the best interest of the appellant is better left to the s. 1 analysis where the government

Il est possible de prétendre que le gouvernement n'était pas en mesure d'élaborer un programme parfait et que, dans l'application d'un programme comme celui qui nous intéresse, certaines personnes vont immanquablement être laissées de côté. D'ailleurs, le Juge en chef accepte cet argument, soulignant qu'il n'est pas nécessaire que les programmes gouvernementaux de prestations correspondent parfaitement aux besoins et à la situation véritables du groupe demandeur. Toutefois, vu l'importance du droit touché, cet argument ne saurait empêcher de conclure qu'il y a eu atteinte à la dignité de Mme Gosselin. Le grave préjudice subi par l'appelante en raison de la distinction fondée sur l'âge excède considérablement le degré d'inadéquation envisagé par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*,

2002 SCC 84 (CanLII)

can argue that the adverse effects that the legislation had on the appellant's dignity were justifiable given the practical, economic and social reality of designing a complex social assistance program. Indeed, this sort of reasoning is typical of reasoning under the *Oakes* test, at minimal impairment or proportionality, to determine whether a breach, once found, is justifiable: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. It is not what we associate with s. 15 reasoning, and in this case serves to make sustaining a breach much more onerous. As I noted earlier, the burden of proof is significant, too. The Chief Justice appears to believe that the appellant has the onus, under s. 15(1), to demonstrate not only that she is harmed, but also that the government program allows more than an acceptable number of other individuals to fall through the cracks. Given the government's resources, it is much more appropriate to require it to adduce proof of the importance and purpose of the program and its minimal impairment of equality rights in discharging its burden under s. 1.

par. 105. Il est préférable d'examiner dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier l'argument de l'intimé selon lequel ce traitement était dans l'intérêt de l'appelante, le gouvernement pouvant alors plaider que les effets préjudiciables du texte de loi sur la dignité de l'appelante étaient justifiables compte tenu des réalités pratiques, sociales et économiques qui entrent en jeu dans l'établissement d'un complexe programme d'aide sociale. De fait, cet argument est typique du genre de raisonnement qui est fait dans l'application du critère établi dans *Oakes*, à l'étape de l'atteinte minimale ou de la proportionnalité, pour décider si la violation dont l'existence a été établie est justifiable ou non : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Il ne s'agit pas d'un raisonnement qu'on associe à l'analyse fondée sur l'art. 15 et, en l'espèce, il alourdit considérablement la tâche d'établir l'existence d'une violation. Comme je l'ai souligné plus tôt, la question de la charge de la preuve est un facteur important. Le Juge en chef semble croire que l'appelante est tenue, pour l'application du par. 15(1), non seulement de prouver qu'elle a subi un préjudice, mais aussi que le programme gouvernemental laisse sans protection un nombre inacceptable d'autres personnes. Compte tenu des ressources dont dispose le gouvernement, il convient davantage d'obliger celui-ci, lorsqu'il est appelé à s'acquitter du fardeau qui lui incombe dans le cadre de l'article premier, à faire la preuve de l'objet et de l'importance de son programme et à établir que celui-ci ne porte qu'une atteinte minimale aux droits à l'égalité.

(3) Section 1

Since it is found that the appellant's equality rights were infringed by the legislation, the burden falls on the government to prove that such a limit on her rights was a reasonable one that is demonstrably justifiable in a free and democratic society; see *Oakes*, *supra*, at pp. 136-37. In order to demonstrably justify such a limit, the government must show that the provision pursues an objective that is sufficiently important to justify limiting a *Charter* right, and that it does so in a manner that is (1) rationally connected to that objective, (2) impairs the right no more than is reasonably

(3) L'article premier

260 Vu la conclusion que le texte de loi a porté atteinte aux droits à l'égalité de l'appelante, il incombe en conséquence au gouvernement d'établir qu'il s'agit d'une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique : voir *Oakes*, précité, p. 136-137. Pour justifier une telle limite, le gouvernement doit démontrer que la disposition vise un objectif suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit garanti par la *Charte* d'une manière (1) qui a un lien rationnel avec cet objectif, (2) qui ne porte pas atteinte à ce droit plus qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire pour

2002 SCC 84 (CanLII)

necessary to accomplish the objective, and (3) does not have a disproportionately severe effect on the persons to whom it applies; see *Oakes*, at pp. 138-39.

261 These criteria will be applied with varying levels of rigour depending on the context of the appeal; see *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. In this case, we are presented with a law that attempts to remedy the financial situation of the chronically unemployed by providing them with cash benefits and training in order to ensure their subsistence and help them integrate into the workforce. The development of the training programs was obviously a complex process that involved the balancing of various interests, the expenditure of large sums of public money, and a consideration of many variables. Social policy is by no means an exact science; a certain degree of deference should be accorded in reviewing this type of legislation. That being said, the government does not have *carte blanche* to limit rights in the area of social policy.

262 In *Thomson Newspapers*, I held that part of what may lead to deference under a contextual approach to s. 1 is the fact that the legislation is meant to protect a vulnerable group. In such a case, the importance of deferring to the government's decision in balancing competing interests is highlighted. However, in this case, the government claims that the group that it is in fact trying to protect is the very same group whose rights have been infringed. This should militate against an overly deferential approach. If the government wishes to help people by infringing their constitutional rights, the courts should not, given the peculiarities of such an approach, be overly deferential in assessing the objective of the impugned provision or whether the means used were minimally impairing to the right in question.

réaliser l'objectif et (3) qui n'a pas d'effets préjudiciables disproportionnés sur les personnes visées : voir *Oakes*, précité, p. 138-139.

Ces critères sont appliqués de façon plus ou moins stricte, selon le contexte de l'appel : voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Dans le présent pourvoi, le texte de loi contesté tente de remédier à la situation financière des chômeurs chroniques en leur offrant des prestations et des programmes de formation visant à les aider à subvenir à leurs besoins et à s'intégrer dans la population active. L'élaboration des programmes de formation fut de toute évidence une tâche complexe, qui a nécessité la conciliation des divers intérêts en jeu, des dépenses considérables sur les fonds publics ainsi que la prise en considération de nombreuses variables. La politique sociale est loin d'être une science exacte; il faut faire montre d'une certaine déférence dans le contrôle de mesures législatives de ce type. Cela ne veut toutefois pas dire que le gouvernement a carte blanche pour restreindre les droits dans le domaine des politiques sociales.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, j'ai jugé qu'une des raisons susceptibles de justifier de faire montre de déférence dans l'application d'une approche contextuelle à l'égard de l'article premier serait le fait que le texte de loi contesté est censé protéger un groupe vulnérable. Dans un tel cas, l'importance de faire preuve de déférence à l'égard de la décision prise par le gouvernement pour concilier les divers intérêts en jeu ressort avec acuité. Cependant, en l'espèce, le groupe que le gouvernement prétend en fait protéger est précisément le groupe dont les droits ont été lésés. Cette constatation devrait militer contre la manifestation d'une trop grande déférence. Si le gouvernement désire aider des gens en portant atteinte à leurs droits constitutionnels, les tribunaux ne devraient pas, compte tenu de la singularité d'une telle démarche, faire montre d'une trop grande déférence lorsqu'ils apprécient l'objectif de la disposition contestée ou se demandent si les moyens utilisés portent le moins possible atteinte au droit en question.

2002 SCC 84 (CanLII)

(i) Objective — Pressing and Substantial

In his reasons, Robert J.A. held that for the purposes of the *Oakes* test, it is the objective of the distinction that should be analysed. In doing so, he determined that the distinction served two purposes: (1) to avoid attracting young adults to social assistance, and (2) to facilitate integration into the workforce by encouraging participation in the employment programs. The appellant argues that the objective of the distinction should be analysed in light of the legislation as a whole, in particular, the explicit objective of the legislation under s. 6 to provide supplemental aid to those who fall below a subsistence level. Furthermore, she argues that the objective of the legislation cannot, pursuant to this Court's decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, be found to have "evolved". The respondent agrees with the double objective analysis of Robert J.A.

In my view, the double objective analysis of Robert J.A. is correct. While the s. 1 analysis must not take place in a contextual vacuum, when a specific legislative provision has been found to infringe a *Charter* right, the s. 1 analysis must focus on the objective of that particular provision. In cases such as *Vriend*, *supra*, in which this Court focussed on the legislation as a whole, it did so because the legislation was being challenged for underinclusion; thus, there was no specific provision to be considered. Here, s. 29(*a*) is clearly the impugned provision. The s. 1 analysis must therefore focus on the distinction it creates. If too much weight is given to the objective of the legislation as a whole, this will lead the court into an inquiry of what would be the best way to formulate an entire piece of legislation. That is the province of the legislature.

While the "shifting emphasis" argument accepted by Robert J.A. seems to suggest a novel approach to the s. 1 analysis, I believe it was appropriate to accept it in this case. This Court has normally held that the objectives of legislation cannot be found to have

(i) Un objectif urgent et réel

263 Dans ses motifs, le juge Robert de la Cour d'appel a estimé que, aux fins d'application du critère formulé dans *Oakes*, c'est l'objectif de la distinction qui doit être analysé. Dans son analyse, il a constaté que la distinction visait deux objectifs : (1) éviter l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes; (2) favoriser l'intégration de ceux-ci dans la population active en encourageant leur participation aux programmes d'emploi. L'appelante plaide que l'objectif de la distinction devrait être analysé au regard de l'ensemble des mesures législatives pertinentes, plus particulièrement l'objectif explicite prévu à l'art. 6 de la Loi, à savoir fournir une aide complémentaire aux personnes dont les moyens de subsistance sont inférieurs à un niveau donné. De plus, elle affirme que, conformément à l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 de notre Cour, on ne saurait conclure que l'objectif de la loi a « changé ». L'intimé souscrit à l'analyse du juge Robert basée sur l'existence de deux objectifs.

264 À mon avis, l'analyse préconisée par le juge Robert est bien fondée. Bien que l'analyse relative à l'article premier ne doive pas être effectuée sans contexte, une fois qu'il a été jugé qu'une disposition législative particulière viole un droit garanti par la *Charte*, cette analyse doit s'attacher à l'objectif de la disposition en question. Dans des arrêts comme *Vriend*, précité, où notre Cour a centré son analyse sur l'ensemble du texte de loi, étant donné qu'on reprochait à celui-ci d'avoir une portée trop limitée, il n'y avait en conséquence aucune disposition particulière devant être examinée. En l'espèce, l'al. 29*a*) est clairement la disposition contestée. L'analyse relative à l'article premier doit donc porter sur la distinction créée par cette disposition. Si le tribunal accorde une importance trop grande à l'objectif visé par l'ensemble du texte de loi, il se demandera quelle est la meilleure façon de formuler la loi au complet, tâche qui relève du législateur.

265 Bien que l'argument de « l'objet changeant » retenu par le juge Robert semble suggérer l'application d'une nouvelle approche à l'égard de l'analyse relative à l'article premier, j'estime qu'il convenait d'accueillir cet argument en l'espèce. Notre

2002 SCC 84 (CanLII)

evolved over time. But in this case, it was a legislative act that signalled the change in emphasis: *Big M Drug Mart*, *supra*. In my view, the 1984 changes to the Act, which established the educational programs and provided for an increase in assistance for those who participated in them, constituted a legislative signal that the objective of the distinction in s. 29(*a*) had, to a certain degree, shifted.

Cour a généralement jugé qu'on ne saurait conclure que les objectifs d'un texte de loi ont changé au fil du temps. En l'espèce, toutefois, c'est une mesure législative qui a signalé le changement d'orientation : *Big M Drug Mart*, précité. À mon avis, les modifications qui ont été apportées à la Loi en 1984 pour établir les programmes de formation et majorer l'aide accordée aux personnes y participant ont constitué un signal du législateur indiquant que l'objectif de la distinction établie à l'al. 29*a*) avait changé jusqu'à un certain point.

266 Having found that the objective of the distinction had shifted towards encouraging the integration of young people into the workforce, and given the dire situation of that segment of the population during those years, I would find the objectives of s. 29(*a*) to be pressing and substantial.

Vu ma conclusion que l'objectif de la distinction avait changé et consistait à encourager l'intégration des jeunes dans la population active, et vu la situation grave dans laquelle se trouvait cette tranche de la population à l'époque en question, j'estime que les objectifs de l'al. 29*a*) étaient urgents et réels.

(ii) Rational Connection

(ii) Le lien rationnel

267 The appellant attacks the rational connection between the means used by the government and its dual objective on two fronts. First, she argues that the choice of age 30 as the point of distinction was made arbitrarily and that it had no bearing on the means by which the government would achieve its objective. She argues that the government distinguished beneficiaries on the basis of age 30 simply because that distinction already existed, and therefore, in the words of a government witness, because [TRANSLATION] "an opportunity was provided". She also argues that the level of assistance accorded to those under 30 who did not participate in the programs was arbitrary. In her view, if the purpose of selecting a low level of assistance was to encourage participation in the programs, then there should have been enough places available in the programs to accommodate everyone under the age of 30, which there was not.

L'appelante attaque sur deux plans le lien rationnel entre le double objectif du gouvernement et le moyen utilisé pour les réaliser. Premièrement, elle soutient que la décision de choisir l'âge de 30 ans comme critère de distinction a été prise arbitrairement et que ce choix n'avait aucun rapport avec les moyens par lesquels le gouvernement concrétiserait son objectif. À son avis, le gouvernement avait retenu ce critère de distinction parce qu'il existait déjà et parce que, pour reprendre les termes mêmes utilisés par le témoin du gouvernement, « l'occasion en fut fournie ». Elle plaide également que le niveau d'assistance accordé aux personnes de moins de 30 ans ne participant pas aux programmes avait un caractère arbitraire. Selon elle, si le versement de prestations réduites visait à inciter la participation aux programmes, ceux-ci auraient dû compter suffisamment de places pour accueillir toutes les personnes de moins de 30 ans, mais ce n'était pas le cas.

268 The respondent agrees with Robert J.A.'s conclusion that while the connection between the means and the objective might not have been shown to be particularly strong, there was a logical link between the different treatment of those under 30 and the objective of encouraging the integration of these people into the workforce. She disagrees, however,

L'intimé souscrit à la conclusion du juge Robert de la Cour d'appel selon laquelle, bien qu'on n'ait peut-être pas démontré l'existence d'un lien particulièrement solide entre le moyen et l'objectif, il existait un lien logique entre le traitement différent réservé aux moins de 30 ans et l'objectif qui consistait à favoriser leur intégration dans la population

2002 SCC 84 (CanLII)

with some of his analysis, emphasizing again that the distinction made in s. 29(*a*) has to be analysed in the context of the rest of the legislation and the economic situation of the time.

On this issue I am again in agreement with the findings of Robert J.A. There is a logical link between the provisions of the Regulation and the objective of integrating people under 30 into the workforce. It is logical and reasonable to suppose that young people are at a different stage in their lives than those 30 and over, that it is more important, and perhaps more fruitful, to encourage them to integrate into the workforce, and that in order to encourage such behaviour, a reduction in basic benefits could be expected to achieve that objective.

(iii) Minimal Impairment

It is on the issue of minimal impairment that Robert J.A. found that the legislation could not be upheld under s. 1. Again, I find myself in substantial agreement.

First, I would agree with Robert J.A.'s comments regarding the onus that the government must meet at this stage of the analysis. When analysing social legislation, it is true that the Court should avoid second-guessing government policy. The government need not have chosen the least drastic means at its disposal. Nonetheless, it must have chosen to infringe the right as little as was reasonably possible. The respondent argues that given the government's objectives and the evidence it put forth, the methods employed were reasonable and should therefore pass the minimal impairment test. I do not believe that this is the case.

The respondent argues that by allowing people under 30 to participate in programs in order to increase their benefits to the level of those 30 and over, the government demonstrated that the needs and concerns of young social assistance recipients were given careful consideration and were respected. She rejects the alternatives proposed

active. L'intimé a cependant exprimé son désaccord avec une partie de l'analyse du juge Robert, réitérant que la distinction établie à l'al. 29*a*) devait être analysée au regard du reste du texte de loi et de la conjoncture de l'époque.

269 Sur ce point, je suis également d'accord avec les conclusions du juge Robert. Il existe un lien logique entre les dispositions du texte de loi et l'objectif d'intégration des personnes de moins de 30 ans dans la population active. Il est logique et raisonnable de supposer que ces personnes ne sont pas rendues au même stade de la vie que les 30 ans et plus, qu'il est plus important, voire plus utile, de les inciter à s'intégrer dans la population active et, enfin, qu'une réduction des prestations de base pourrait permettre de réaliser cet objectif.

(iii) L'atteinte minimale

270 C'est à l'étape de l'atteinte minimale que le juge Robert a conclu que le texte de loi ne pouvait être justifié au regard de l'article premier. Ici encore, je souscris pour l'essentiel à sa conclusion.

271 Premièrement, je fais miens les commentaires formulés par le juge Robert relativement à la preuve qui incombe au gouvernement à cette étape de l'analyse. Il est exact que, dans l'analyse d'un texte législatif à caractère social, notre Cour doit éviter de mettre en doute, à posteriori, la politique gouvernementale. Le gouvernement n'était pas obligé de choisir le moyen le moins radical dont il disposait. Néanmoins, il lui faut avoir choisi celui qui portait aussi peu atteinte au droit concerné qu'il était raisonnablement possible de le faire. Compte tenu des objectifs du gouvernement et de la preuve qu'il a présentée, l'intimé prétend que les méthodes employées étaient raisonnables et satisfont en conséquence au critère de l'atteinte minimale. Je ne crois pas que ce soit le cas.

272 Selon l'intimé, en permettant aux moins de 30 ans de participer à certains programmes afin qu'ils puissent hausser le montant de leurs prestations au niveau de celles des 30 ans et plus, le gouvernement a démontré qu'il avait soigneusement examiné et respecté les besoins et les préoccupations des jeunes bénéficiaires d'aide sociale. L'intimé

2002 SCC 84 (CanLII)

by the appellant — such as the elimination of s. 29(*a*) or the creation of a universally conditional program — as either eliminating the objective completely or as being impossible to implement. An examination of the evidence, however, fails to demonstrate that such approaches would not have been appropriate. With regard to increasing the level of support provided to those under 30, the government insists that such an approach would have prevented it from achieving its objective of integrating young people into the workforce. This is presumably based on the assumption that there would be less incentive to enter the workforce or to participate in the programs if the full benefit was provided unconditionally. However, this remains unproven in the record. There is nothing to show why the response of beneficiaries under 30 would have been different from that of older beneficiaries, and nothing to show why integration in the workforce would have been superior for participants under 30 as compared to older participants. Witnesses for the respondent repeatedly referred to the [TRANSLATION] "attraction effect" that would result from increasing the benefits of people under 30, but they failed to adduce any evidence of studies or previous experience to justify the hypothesis. Aside from supporting the contention that the provisions reflect a discriminatory and stereotypical view of irresponsible youth, such participation by some persons among those 30 and over demonstrates that tying the programs to reduced benefits was not the only option that was available to the government.

273 I also find the argument that the reforms of 1989 which made the programs universally conditional could not have been implemented earlier to be somewhat unconvincing. When the *Charter* was passed in 1982, a three-year delay was placed on the implementation of s. 15 in recognition of the effect it could have had on government legislation and the complexity of making appropriate changes. With the passage of the omnibus *Act respecting the Constitution Act, 1982*, the government of Quebec

rejette les solutions de rechange proposées par l'appelante — par exemple l'élimination de l'al. 29*a*) ou la création d'un programme conditionnel pour tous — soit parce qu'elles vont tout à fait à l'encontre de l'objectif visé soit parce qu'elles sont impossibles à mettre en œuvre. Cependant, l'examen de la preuve ne démontre pas que de telles mesures n'auraient pas été appropriées. Pour ce qui est de la majoration des prestations accordées aux moins de 30 ans, le gouvernement insiste sur le fait qu'une telle mesure l'aurait empêché d'atteindre son objectif d'intégration des jeunes dans la population active. Cet argument repose vraisemblablement sur l'hypothèse que l'incitation à joindre les rangs de la population active ou à participer à des programmes n'est pas aussi grande si le plein montant des prestations est versé sans condition. Toutefois, le dossier n'établit pas le bien-fondé de cet argument. Rien n'indique en quoi le comportement des bénéficiaires de moins de 30 ans aurait été différent de celui des bénéficiaires plus âgés, ni en quoi les premiers auraient joint la population active en plus grand nombre que leurs aînés. Les témoins de l'intimé ont à maintes reprises invoqué « l'effet d'attraction » qui résulterait de l'accroissement des prestations versées aux moins de 30 ans, mais ils n'ont présenté en preuve aucune étude ou expérience antérieure pour étayer cette hypothèse. En plus d'appuyer l'argument que les dispositions contestées reflètent une perception discriminatoire et stéréotypée des jeunes — qui sont considérés irresponsables —, le taux de participation parmi les 30 ans et plus démontre que le fait d'assortir la non-participation aux programmes d'une réduction de prestations n'était pas la seule solution à la disposition du gouvernement.

Je considère également assez peu convaincant l'argument selon lequel il n'aurait pas été possible d'instaurer plus tôt les réformes qui, en 1989, ont rendu les programmes conditionnels pour tous. Lors de l'édiction de la *Charte* en 1982, on avait fixé un délai de trois ans pour l'entrée en vigueur de l'art. 15, en raison de l'effet considérable qu'il était susceptible d'avoir sur les mesures législatives des gouvernements et de la difficulté d'apporter à celles-ci les modifications appropriées. Par

2002 SCC 84 (CanLII)

provided itself with two extra years to deal with the requirements of the equality provision. Therefore, as of 1982, the Quebec government had five years to consider the implications that the *Charter*'s equality provision would have for its *Social Aid Act*. Although the government demonstrated that such changes took 18 to 24 months to implement, it did not demonstrate why that process could not have begun at an earlier date.

l'adoption de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, le gouvernement du Québec s'est donné deux années additionnelles pour respecter les exigences de la disposition relative à l'égalité. Par conséquent, à partir de 1982, le gouvernement du Québec a disposé d'une période de cinq ans pour examiner les répercussions que cette disposition aurait sur sa *Loi sur l'aide sociale*. Bien que le gouvernement ait démontré qu'il a fallu de 18 à 24 mois pour mettre en place les modifications requises, il n'a pas établi pourquoi le processus n'avait pu être amorcé plus tôt.

2002 SCC 84 (CanLII)

274 Thus, it seems to me that the above alternatives cannot be characterized as unreasonable; certainly they would also have been less impairing. However, given the complexity of designing social assistance programs, I accept that the Court should not be in the business of advocating completely new policy directions for the legislature. At the time the legislation was passed, in 1984, it seems clear that the government believed that the continued distinction between those under 30 and those 30 and over was necessary in order to achieve its objective of facilitating the integration of young people into the workforce. Nevertheless, given the availability of the alternative approaches that would have been less impairing to the right, the onus is on the government to demonstrate that the approach it took was itself minimally impairing.

Par conséquent, il me semble que les solutions de rechange susmentionnées ne peuvent être qualifiées de déraisonnables; elles auraient certes été également moins attentatoires. Cependant, compte tenu de la difficulté que pose l'élaboration de programmes d'aide sociale, je reconnais qu'il n'appartient pas à la Cour de préconiser l'adoption par le législateur d'orientations politiques entièrement nouvelles. Au moment de l'adoption des mesures législatives contestées, en 1984, il semble clair que le gouvernement croyait que le maintien de cette distinction entre les 30 ans et plus et les moins de 30 ans était nécessaire pour réaliser son objectif qui était de faciliter l'intégration des jeunes dans la population active. Néanmoins, vu l'existence de solutions de rechange qui auraient été moins attentatoires au droit concerné, il incombe au gouvernement de démontrer que l'approche qu'il a retenue ne créait qu'une atteinte minimale.

275 Like Robert J.A., upon examination of the manner in which the legislation in question was implemented, I have come to the conclusion that the government's initiative was not designed in a sufficiently careful manner to pass the minimally impairing test. As Robert J.A. held at p. 1084, the government has failed to show:

Après examen de la mise en œuvre du texte de loi en question, je conclus, à l'instar du juge Robert de la Cour d'appel, que la mesure prise par le gouvernement n'avait pas été conçue avec assez de soin pour respecter le critère de l'atteinte minimale. Comme l'a affirmé le juge Robert, à la p. 1084, le gouvernement n'a pas démontré :

[TRANSLATION]

(1) that it set sufficiently flexible eligibility requirements for access to the programs; [and] (2) that it acted reasonably in determining the requirements for an increase in assistance, which was only possible through participation in the measures.

1) qu'on a[vait] fixé des conditions d'admissibilité suffisamment souples pour avoir accès aux programmes, [et] 2) qu'on a[vait] agi de façon raisonnable dans la détermination des conditions permettant une augmentation de l'aide, ce qui n'était possible qu'en participant aux mesures.

276 In assessing whether the legislation in place was minimally impairing to the right, the first fact that comes to light is that only 11 percent of social assistance recipients under the age of 30 were in fact enrolled in the employment programs that allowed them to receive the base amount allocated to beneficiaries 30 years of age and over. This in and of itself is not determinative of the fact that the legislation was not minimally impairing, but it does bring to our attention the real possibility that the programs were not designed in a manner that would infringe upon the appellant's rights as little as is reasonably possible. In examining the record, I have found four areas in which the structure of the legislation and the programs can be shown to have been designed in a manner that was not minimally impairing of the appellant's rights.

Lorsqu'on se demande si le texte de loi portait le moins possible atteinte au droit concerné, le premier fait qui se dégage est que seulement 11 p. 100 des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans étaient dans les faits inscrits aux programmes qui leur permettaient de recevoir le montant de base accordé aux bénéficiaires de 30 ans et plus. En soi, ce fait ne permet pas de conclure que le texte de loi ne créait pas une atteinte minimale, mais il nous indique cependant qu'il est tout à fait possible que les programmes n'aient pas été conçus d'une façon qui permettait de porter aussi peu atteinte aux droits de l'appelante qu'il était raisonnablement possible de le faire. Dans le cours de l'examen du dossier, j'ai relevé quatre aspects des programmes et de la structure du texte de loi qui indiquent que ce texte ainsi que les programmes ont été conçus d'une façon qui ne portait pas le moins possible atteinte aux droits de l'appelante.

277 First, one major branch of the scheme, the Remedial Education Program, did not provide for full benefits for those who participated, leaving them $100 short of the base benefit. Thus, the government foresaw, in the creation of its programs, that a large number of even those who participated in the programs would, in return for their efforts, continue to receive less than the amount received by those 30 and over who were not participating in the programs. As mentioned earlier, the most uneducated, the illiterate, were originally left out of this program entirely. The government argues that the amount of assistance must be examined in tandem with the government student loan and bursary program. However, because the Remedial Education students were in high school, the government witness admitted that the only money that they would receive through student loans would be to pay for specific school-related expenses such as books and school supplies. As such, the student loan program did not raise the Remedial Education participant's benefits to the same level as those 30 and over. In reality, given that almost 50 percent of participants under 30 were involved with the Remedial Education Program, this meant that a very large portion of the participants would

Premièrement, ceux qui participaient au programme Rattrapage scolaire, un important volet du régime, ne touchaient pas le plein montant des prestations, mais recevaient 100 $ de moins que la prestation de base. Par conséquent, lors de la création des programmes, le gouvernement avait prévu qu'un grand nombre de personnes — même parmi celles participant aux programmes — continueraient de recevoir, en contrepartie de leurs efforts, une somme moindre que celle versée aux personnes de 30 ans et plus ne participant pas aux programmes. Comme je l'ai mentionné plus tôt, les personnes les moins instruites, les analphabètes, avaient au départ été complètement exclues du programme susmentionné. Le gouvernement plaide que la question du montant d'aide accordé doit être examinée en corrélation avec celle de son programme de prêts et bourses aux étudiants. Toutefois, comme les participants au programme Rattrapage scolaire étudiaient au niveau secondaire, le témoin du gouvernement a admis que les seules sommes accordées à ces personnes sous forme de prêts étudiants visaient à payer le coût de frais scolaires précis, tel l'achat de livres et de fournitures scolaires. En conséquence, le programme de prêts étudiants ne permettait pas de hausser les prestations des participants au programme Rattrapage scolaire au niveau de celles reçues par les 30 ans et

2002 SCC 84 (CanLII)

not be receiving the full amount of benefits that those 30 and over were receiving.

plus. En réalité, étant donné que presque 50 p. 100 des participants de moins de 30 ans étaient inscrits à ce programme, ceci signifie qu'un pourcentage très élevé des participants ne recevaient pas le plein montant des prestations versées aux personnes de 30 ans et plus.

It might be argued that the value of the education and experience being derived from such programs cannot be calculated on a purely pecuniary basis. I would agree that the power of education can be invaluable to its recipient. However, the strength of this argument is diminished by the fact that the cost of this education is, in this case, the reduction of benefits that are supposed to guarantee certain standards of minimal subsistence. While the long-term value of the education and experience is certainly important, this must be balanced against the short-term need for survival that social assistance is intended to placate. Moreover, those people who participated in the programs who were not under 30 were not required to make a similar sacrifice.

278 Il est possible d'affirmer qu'on ne saurait calculer sur une base purement pécuniaire la valeur de l'instruction et de l'expérience découlant de la participation à de tels programmes. Je reconnais que le pouvoir de l'instruction peut se révéler un acquis très précieux pour qui le possède. Cependant, le poids de cet argument est diminué par le fait que, en l'espèce, le prix à payer pour cette instruction est la réduction de prestations censées garantir un certain niveau de subsistance minimal. Bien que la valeur à long terme de l'instruction et de l'expérience soit certes importante, elle doit être mise en balance avec le besoin de subsistance à court terme auquel l'aide sociale est censée répondre. Qui plus est, on ne demandait pas pareil sacrifice aux personnes de 30 ans et plus qui participaient aux programmes.

Second, the design of the programs was not tailored in such a way as to ensure that there would always be programs available to those who wanted to participate. For instance, for a student who could not find a job after finishing school, the Remedial Education Program was only available after nine months. The On-the-job Training Program was only available after 12 months. This left the Community Work Program, which, given its very remedial nature, may not have been useful to everyone, and was prioritized for those who had been on social assistance for more than 12 months. The existence of this priority is itself evidence that the programs were not available to all applicants at all times. For someone who had completed CEGEP, the Remedial Education and On-the-job Training Programs would simply be unavailable. Even if he or she were then able to participate in the Community Work Program, this would only last for one year, after which the young social assistance recipient would, because of the 12-month limit on the program, be left with no program in which to participate. Take someone like Ms. Gosselin, whose prospects for moving into the private workforce, like many in her situation, do

279 Deuxièmement, les programmes n'étaient pas conçus d'une manière propre à garantir une place à toute personne désireuse d'y participer. Par exemple, les étudiants incapables de trouver un emploi après leurs études devaient attendre neuf mois avant de pouvoir participer au programme Rattrapage scolaire et 12 mois dans le cas du programme Stages en milieu de travail. Restait le programme Travaux communautaires qui, vu son caractère très ponctuel, n'était peut-être pas utile à tous et accordait la priorité aux personnes recevant de l'aide sociale depuis plus de 12 mois. L'existence même de cette priorité indique que les programmes n'étaient pas accessibles à tous les candidats en tout temps. De plus, les personnes ayant terminé leurs études collégiales (CÉGEP) n'avaient tout bonnement pas accès aux programmes Rattrapage scolaire et Stages en milieu de travail. Par ailleurs, même si ces personnes avaient eu accès au programme Travaux communautaires, la durée de la participation n'était que d'une année, au terme de laquelle le jeune bénéficiaire d'aide sociale n'avait plus, en raison de l'existence de cette limite, aucun programme auquel il pouvait participer. Si l'on prend l'exemple de Mme Gosselin,

2002 SCC 84 (CanLII)

not, unfortunately, appear to have been very promising. After one year in a Community Work Program (and, if they could find one, a year in an On-the-job Training placement), she would be unable to receive the same benefit as someone 30 or over. Thus, in reality, the system of training and education gave social assistance recipients under 30 who were able to access programs two years to get a job before they had their benefit reduced to $170 per month — with some extra time available at a moderately reduced rate for those who had not yet received their high school diploma.

les perspectives d'emploi de cette dernière dans le secteur privé, tout comme celles de bien d'autres personnes dans sa situation, ne paraissent malheureusement pas avoir été très prometteuses. Une personne dans la situation de Mme Gosselin qui aurait participé pendant un an à un programme de Travaux communautaires (et, pendant une autre année, à un stage en milieu de travail si un tel stage avait été disponible) n'aurait pas été en mesure de recevoir les mêmes prestations qu'une personne de 30 ans et plus. Par conséquent, dans les faits, les programmes de stages et de rattrapage scolaire accordaient aux bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans qui pouvaient y avoir accès une période de deux ans pour se trouver un emploi avant que leurs prestations ne soient de nouveau ramenées à 170 $ par mois — avec possibilité d'une prorogation assortie d'un taux de prestation modérément réduit pour les personnes n'ayant pas encore reçu leur diplôme d'études secondaires.

280 Another substantive flaw in the design of the programs was that faced by illiterate or severely undereducated persons, who were unable to participate in the Remedial Education Program. While ineligible for the Remedial Education Program, such persons would also face difficulty entering On-the-job Training, and would thus be left with the Community Work Program, which, as has been noted, was limited to one year. This flaw was apparently addressed in 1989 with the creation of a special literacy program, but it nonetheless serves as an example of another situation where even those participants who were willing to participate were at times unable to do so.

Un autre vice de fond de ces programmes découlait du fait que les personnes analphabètes ou possédant très peu d'instruction ne pouvaient participer au programme Rattrapage scolaire. En plus d'être inadmissibles à ce programme, ces personnes éprouvaient également de la difficulté à accéder au programme Stages en milieu de travail, ce qui ne leur laissait donc que le programme Travaux communautaires qui, comme je l'ai mentionné plus tôt, ne durait qu'une année. Bien qu'on ait apparemment remédié à ce vice en 1989 en créant un programme spécial d'alphabétisation, il s'agit néanmoins d'un autre exemple de situation où même des personnes souhaitant participer à un programme étaient parfois dans l'impossibilité de le faire.

281 Third, in addition to the problems with the design of the programs, their implementation presented still more hurdles which young recipients were forced to overcome. For instance, when a person under 30 years of age found himself or herself on social assistance, he or she would have to organize a meeting with a social aid worker. An "evaluation interview" would follow, sometimes several, in order to determine what type of program would be best suited to the recipient. This process would sometimes take several weeks. Then, once it was determined which

Troisièmement, outre les problèmes qui affectaient la conception des programmes, la mise en œuvre de ceux-ci créait des obstacles supplémentaires que les jeunes bénéficiaires devaient également surmonter. Par exemple, lorsqu'une personne de moins de 30 ans devenait bénéficiaire d'aide sociale, elle devait prendre rendez-vous avec un travailleur social. Il y avait alors une « entrevue d'évaluation », parfois plusieurs, en vue de déterminer quel genre de programme conviendrait le mieux au bénéficiaire. Ce processus durait parfois plusieurs

2002 SCC 84 (CanLII)

program would be best, there was often another delay, as space in the program in which the recipient could participate had to be found. If, for instance, someone wanted to participate in the Remedial Education Program in June, he or she would have to wait until September, for school to start. In the case of the On-the-job Training Program, the process provided that one would have to wait until a suitable employer was found. Also, the employer had the final say as to whether he or she wished to hire a particular individual. This caused more delay. Once a placement was completed, this process was started all over again. Thus, in the course of his or her time on social assistance, a young person desiring to receive the full benefit of the programs would most likely spend at least a month or two on the reduced benefit.

semaines. Ensuite, une fois déterminé le programme approprié, il y avait souvent une autre période d'attente, puisqu'il fallait trouver une place libre dans le programme en question. Les personnes qui, en juin, manifestaient le désir de participer au programme Rattrapage scolaire devaient attendre à la rentrée scolaire, en septembre, pour être en mesure de le faire. Dans le cas du programme Stages en milieu de travail, il fallait attendre de trouver un employeur approprié. De plus, c'est ce dernier qui décidait, en dernière analyse, d'engager ou non l'intéressé. Cette situation causait des délais additionnels. Une fois le stage terminé, tout ce processus recommençait. Par conséquent, les jeunes bénéficiaires d'aide sociale désireux de tirer parti pleinement des programmes devaient vraisemblablement toucher les prestations réduites pendant un mois ou deux.

Given the precarious situation of those on social assistance, even a short lapse in additional benefits was certainly enough to cause major difficulties in the recipients' lives, difficulties that someone 30 and over would not have to face. Ms. Gosselin herself spent a considerable amount of time between programs, this sometimes leading to periods of mental breakdown. One government witness described the situation of many of those young people on social assistance as being an existence "on the edge of capacity" — walking a tightrope along the border of aptness and inaptitude for work. Falling back onto the reduced amount was therefore a very real possibility that could have exaggerated effects on the capacity of young recipients to cope with life.

282 Compte tenu de la situation précaire dans laquelle se trouvent les bénéficiaires d'aide sociale, même une courte interruption des prestations additionnelles était certainement suffisante pour causer d'importantes difficultés aux jeunes bénéficiaires, difficultés que n'avaient pas à subir les 30 ans et plus. Madame Gosselin a elle-même connu d'importants intervalles entre les programmes, situation qui a parfois entraîné des périodes de dépression. Un témoin du gouvernement a décrit la situation de nombreux jeunes bénéficiaires d'aide sociale en ces termes : « ils sont à la limite de la capacité » — marchant sur la corde raide entre l'aptitude et l'inaptitude au travail. Le risque de retourner aux prestations réduites était donc une possibilité très réelle et susceptible d'avoir des effets démesurés sur la capacité d'une jeune personne à affronter la vie.

A fourth and final reason why the approach taken by the government was not reasonably minimally impairing was the fact that even though 85 000 single people under 30 years of age were on social assistance, the government at first only made 30 000 program places available. The respondent argues, and Baudouin J.A. agreed, that the government should not have been forced to open up places for everyone when it knew that not everyone would participate. I think this is right. The government did not have to prove that it had 85 000 empty chairs waiting in classrooms and elsewhere. However, the very

283 Un quatrième et dernier motif pour lequel l'approche adoptée par le gouvernement ne portait pas atteinte aussi peu qu'il était raisonnablement possible de le faire aux droits de l'appelante est le fait suivant : même s'il y avait 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale, le gouvernement n'avait créé initialement que 30 000 places dans ses programmes. De l'avis de l'intimé, auquel a souscrit le juge Baudouin de la Cour d'appel, le gouvernement n'était pas obligé d'ouvrir des places pour l'ensemble des bénéficiaires, sachant que tous ne participeraient pas à ces programmes. À mon

2002 SCC 84 (CanLII)

fact that it was expecting such low levels of participation brings into question the degree to which the distinction in s. 29(*a*) was geared towards improving the situation of those under 30, as opposed to simply saving money. The government noted that many places did not have to be made available because 50 percent of young people were thought to be living with their parents. As noted earlier, this was not proven and if true would have left 50 percent of recipients in an unjustified state of deprivation. Also, it is by no means clear why young persons living at home would not want to take advantage of such programs if they provided them with an extra $296 per month. Moreover, it is not clear why, if the object of s. 29(*a*) was to encourage the integration of young people into the workforce, the government would not expect or want those on social assistance who were living at home to participate in the programs.

avis, cette affirmation est exacte. Le gouvernement n'avait pas à établir qu'il disposait de 85 000 places disponibles en salle de classe et ailleurs. Cependant, le fait même que le gouvernement s'attendait à un taux de participation aussi faible incite à se demander dans quelle mesure la distinction prévue à l'al. 29*a*) visait vraiment à améliorer la situation des personnes de moins de 30 ans, et non pas simplement à réaliser des économies. Le gouvernement a souligné qu'il n'était pas nécessaire d'ouvrir un nombre considérable de places, puisqu'on estimait que 50 p. 100 des jeunes vivaient chez leurs parents. Comme je l'ai indiqué plus tôt, ce fait n'a pas été établi et, s'il était exact, on aurait laissé 50 p. 100 des bénéficiaires dans un état de privation injustifié. En outre, il n'est pas du tout évident que des jeunes vivant au foyer ne voudraient pas participer à ces programmes si ceux-ci leur rapportaient une somme additionnelle de 296 $ par mois. De plus, si l'al. 29*a*) visait à encourager l'intégration des jeunes dans la population active, on comprend difficilement pourquoi le gouvernement n'aurait pas voulu que les bénéficiaires d'aide sociale vivant chez leurs parents participent aux programmes, ou encore pourquoi il ne s'attendait pas à ce qu'ils le fassent.

284 The government maintains that it always had more places available if the need arose, but the evidence has left me questioning how a program such as On-the-job Training which relied on private enterprises to provide jobs could provide an endless stream of positions for any young person on social assistance who wanted one. It also seems somewhat disingenuous to suggest that there were unlimited spaces in the program when the program profiles clearly outline that some groups were to be specifically targeted, others given preference. How can there be preferences when access to the programs is unlimited? It also seems odd that a government that claims it would not have been able to eliminate the reduced benefit level for people under 30 for economic reasons would have been able to support a program in which a significant portion of those persons participated in the programs and, therefore, had their benefits increased to the normal level. If legislation is found to infringe upon a group's right and the government claims that the right is minimally impaired due to the operation of another program,

Le gouvernement soutient qu'il disposait à tout moment de places supplémentaires si on en avait besoin. Cependant, la preuve m'amène à me demander comment un programme comme celui des Stages en milieu de travail, qui était tributaire des entreprises privées pour les emplois, aurait pu fournir un poste à tout jeune bénéficiaire d'aide sociale qui en aurait voulu un. Il me semble quelque peu fallacieux de laisser entendre qu'il existait un nombre illimité de places dans le programme, alors que la description de celui-ci précise clairement que certains groupes étaient expressément ciblés et que d'autres devaient avoir la préférence. Comment peut-on accorder des préférences si l'accès au programme est illimité? Il semble également paradoxal qu'un gouvernement qui avance que, pour des raisons budgétaires, il n'aurait pas été en mesure d'éliminer le régime des prestations réduites applicable aux personnes de moins de 30 ans, aurait par ailleurs été en mesure de financer un programme auquel participait un pourcentage élevé de ces personnes, dont les prestations auraient en conséquence été haussées

2002 SCC 84 (CanLII)

the fact that only 20 percent of the affected group participates would seem to suggest that the right was not being reasonably infringed.

Accordingly, I would hold that, even according a high degree of deference, the respondent has failed to demonstrate that the provision in question constituted a means of achieving the legislative objective that was reasonably minimally impairing in respect of the appellant's equality rights. Other reasonable alternatives to achieve the objective were available. The approach taken by the government involved providing a vulnerable group with a base amount of money that was one third of the level the government itself had deemed to be a subsistence level for others and, moreover, the programs themselves were additionally found to have several important shortcomings. This was not minimally impairing of the right. The respondent has therefore failed to meet its burden of demonstrably justifying the limitation on the appellant's rights.

Even accepting the general approach of differentiating between those under 30 and those 30 and over that the legislature adopted to achieve its objectives, there are several other means by which the substantive equality of young people would have been considerably more respected and less impaired. First, as Robert J.A. suggested, the full benefit could have been extended to those individuals who had expressed their willingness to participate in a program, as opposed to requiring them to be at all times participating in programs that, by their design and implementation, did not allow for constant participation. Another approach, given the government's opinion that the majority of young people on welfare were living at home and therefore did not require the full benefit, would have been to tie the benefits to whether the recipient — whatever his or her age — was actually living at home. This was already being done for other recipients since anyone

au niveau normal. S'il est jugé qu'un texte de loi porte atteinte au droit d'un groupe et que le gouvernement prétend que cette atteinte est minimale en raison de l'application d'un autre programme, le fait que le taux de participation du groupe touché se chiffrait à seulement 20 p. 100 tend à indiquer que l'atteinte au droit concerné n'était pas raisonnable.

285 En conséquence, même en manifestant beaucoup de déférence envers la décision du législateur, j'estime que l'intimé n'a pas su démontrer que la disposition litigieuse constituait un moyen de réaliser l'objectif législatif d'une manière qui portait aussi peu atteinte au droit à l'égalité de l'appelante qu'il était raisonnablement possible de le faire. Il existait des solutions de rechange raisonnables à celle choisie par la législature en vue de réaliser son objectif. L'approche retenue par le gouvernement consistait à fournir à un groupe vulnérable une prestation de base égale au tiers de celle qu'il considérait lui-même être le niveau de subsistance requis par d'autres personnes. De plus, il a été jugé que les programmes eux-mêmes comportaient plusieurs lacunes importantes. Il ne s'agissait pas d'une atteinte minimale au droit concerné. L'intimé ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait, à savoir justifier la limite imposée aux droits de l'appelante.

286 Même si l'on accepte l'approche générale retenue par la législature en vue de réaliser ses objectifs — c'est-à-dire la distinction établie entre les personnes de moins de 30 ans et celles de 30 ans et plus —, il y a plusieurs moyens qui auraient permis de respecter bien davantage l'égalité réelle des jeunes et d'y porter une atteinte moins grande. Premièrement, comme l'a proposé le juge Robert de la Cour d'appel, on aurait pu accorder le plein montant des prestations à toutes les personnes ayant exprimé le désir de participer à un programme, plutôt que d'exiger d'elles qu'elles participent en tout temps à des programmes auxquels il était impossible de participer de façon constante en raison de leur conception et leur mise en œuvre. Par ailleurs, comme le gouvernement croyait que la majorité des jeunes bénéficiaires d'aide sociale vivaient chez leurs parents et n'avaient en conséquence pas besoin du plein montant des prestations, une autre solution aurait

2002 SCC 84 (CanLII)

30 or over living with family had his or her benefits reduced by $85. This would have had the effect of recognizing that many young people did not require the full amount of social assistance, while basing the amount awarded on their actual situation as opposed to the proxy of age.

été de lier les prestations au fait que le bénéficiaire — indépendamment de son âge — habite ou non vraiment chez ses parents. C'était d'ailleurs ce qu'on faisait déjà pour d'autres bénéficiaires, puisqu'une personne de 30 ans et plus vivant chez ses parents voyait ses prestations réduites de 85 $. Une telle mesure aurait eu pour effet de reconnaître que bon nombre de jeunes gens n'avaient pas besoin du plein montant d'aide sociale, et permis en outre de fixer la somme accordée en fonction de la situation véritable du bénéficiaire plutôt que sur l'ersatz que constitue l'âge.

287 Having found that the legislation was not minimally impairing of the appellant's right to equality, I would hold that the legislation was not a reasonable limit on the right that was demonstrably justified. The final branch of the *Oakes* test need not therefore necessarily be addressed. However, given the deleterious effect that the legislation had on the appellant's right it would, I believe, be useful to consider that branch of the test as well.

Ayant conclu que le texte de loi ne portait pas atteinte le moins possible au droit à l'égalité de l'appelante, j'estime qu'il ne constituait pas une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer. Il n'est par conséquent pas essentiel d'examiner le dernier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. Cependant, vu l'effet préjudiciable qu'a eu le texte de loi sur le droit de l'appelante, il est, je crois, utile d'examiner également ce volet.

(iv) Proportionality

(iv) La proportionnalité

288 At this stage of the *Oakes* test, a court must determine whether the deleterious effects that a legislative provision has on a given rights holder are outweighed by the salutary effects of the same legislation in achieving the stated government objective. Here, again, I agree with Robert J.A. It is clear from the evidence that $170 per month is not enough money for one to live on. While the government claims that those under 30 had the right to increased benefits if they participated in the programs, there were clear holes in the programs which prevented certain individuals, at certain times, from accessing the additional benefits. Moreover, Remedial Education students never achieved parity. In fact, though this is not determinative, only 11 percent of single persons under 30 years of age who were on social assistance actually received what the government had determined to be the basic amount needed to support one's self. This constitutes a severe deleterious effect on the equality and self-worth of the appellant and those in her group. With respect to the salutary effects side of the equation, the government was not required to demonstrate that the

À cette étape-ci du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*, le tribunal doit se demander si les effets préjudiciables qu'a une disposition législative sur le titulaire des droits l'emportent sur les effets bénéfiques de cette même disposition sur la réalisation de l'objectif formulé par le gouvernement. Sur ce point, je souscris également à l'opinion du juge Robert. Il ressort clairement de la preuve que la somme mensuelle de 170 $ n'est pas suffisante pour permettre à une personne de subvenir à ses besoins. Bien que le gouvernement affirme que les moins de 30 ans avaient droit à des prestations majorées s'ils participaient aux programmes, ceux-ci présentaient des lacunes évidentes qui empêchaient certaines personnes, à certaines périodes, de toucher les prestations additionnelles. Qui plus est, les étudiants ayant participé au programme Rattrapage scolaire n'ont jamais bénéficié de la parité. En fait, bien que cet élément ne soit pas déterminant, précisons que seulement 11 p. 100 des personnes seules de moins de 30 ans qui touchaient de l'aide sociale ont réellement reçu ce que le gouvernement avait établi comme étant la somme de base nécessaire pour permettre à une

2002 SCC 84 (CanLII)

programs had any actual significant salutary effect on the well-being of young people; it nevertheless had to demonstrate that the reduction in benefits would reasonably be expected to facilitate the integration of the younger social assistance beneficiaries in the workplace. This onus has not been met.

personne de subvenir à ses besoins. Cette situation constituait un effet préjudiciable grave sur l'égalité et l'estime de soi de l'appelante et des personnes de son groupe. En ce qui concerne l'aspect de l'équation fondé sur les effets bénéfiques, le gouvernement n'était pas tenu de démontrer que les programmes avaient eu un quelconque effet bénéfique concret appréciable sur le bien-être des jeunes. Il lui incombait néanmoins d'établir qu'il était raisonnable de penser que la réduction des prestations faciliterait l'intégration des jeunes prestataires dans la population active. Cette preuve n'a pas été faite.

2002 SCC 84 (CanLII)

The respondent argues that government cannot be held responsible for the "partial failures" of legislation. She insists that the government had a real concern for the situation in which young people found themselves and attempted to craft a program that would benefit them. While the effects stage of the *Oakes* test should not be an opportunity for courts to punish governments for failed legislative undertakings, when the potential deleterious effects of the legislation are so apparent, I do not believe that it is asking too much of the government to craft its legislation more carefully. Given the economic data that the government has presented in evidence, it was entirely foreseeable that upon completion of the programs, the opportunities for young people to integrate into the workforce would continue to be limited. There was no justification presented for leaving them on the reduced benefit at that point in time, regardless of the problem of delays earlier discussed.

289 L'intimé plaide que le gouvernement ne peut être tenu responsable des « semi-échecs » des mesures législatives. Il insiste sur le fait que le gouvernement se souciait réellement de la situation des jeunes et qu'il a tenté d'élaborer un programme qui leur profiterait. Bien que l'étape du critère établi dans l'arrêt *Oakes*, qui concerne les effets du texte de loi, ne doive pas être, pour les tribunaux, l'occasion de punir les gouvernements pour des mesures législatives infructueuses, lorsque les effets préjudiciables éventuels du texte législatif sont aussi évidents, je ne crois pas que ce soit trop demander au gouvernement de préparer ses mesures législatives avec plus de soin. À la lumière des données économiques déposées en preuve par le gouvernement, il était entièrement prévisible que, après avoir complété les programmes, les jeunes continueraient de ne profiter que de possibilités d'intégration restreintes dans la population active. On n'a aucunement justifié la décision de continuer à ne leur verser que les prestations réduites à ce moment, malgré le problème des périodes d'attente examiné plus tôt.

Accordingly, I find that s. 29(*a*) of the Regulation's *Charter* breach should not be upheld as a justified and reasonable limit under s. 1. In the legislative and social context of the legislation, which provided a safety net for those without means to support themselves, a rights-infringing limitation must be carefully crafted. In this case, the programs left too many opportunities for young people to fall through the seams of the legislation. This is borne out to some degree by the low participation rate among beneficiaries under the age of 30 and the

290 En conclusion, j'estime que la validité de l'al. 29*a*) du Règlement ne peut être confirmée, en vertu de l'article premier, en tant que limite raisonnable et justifiée. Eu égard au contexte législatif et social des mesures législatives litigieuses — qui avaient pour objet de tendre un filet de sécurité sociale à l'intention des personnes n'ayant pas les moyens de subvenir à leurs besoins — toute restriction attentatoire aux droits devait être rédigée avec soin. En l'espèce, les programmes présentaient trop de risques que les jeunes glissent entre les mailles de ce filet. Cette

fact that there was no basis for the assumption that beneficiaries under 30 were living with their parents and had lesser needs. While the respondent argues that no evidence was presented to show that most if any of the 73 percent of recipients under 30 were not participating in the programs for anything more than personal reasons, I would point out that at the s. 1 stage of analysis, it is the government's responsibility to show that the legislation limits the right as little as reasonably possible.

constatation est dans une certaine mesure étayée par le faible taux de participation des bénéficiaires de moins de 30 ans et par le fait que l'hypothèse selon laquelle ces bénéficiaires vivaient chez leurs parents et avaient des besoins moins grands ne reposait sur aucun fondement. Bien que l'intimé affirme qu'il n'a été présenté aucun élément de preuve tendant à établir que, de tous les bénéficiaires de moins de 30 ans qui n'avaient pas participé aux programmes (en l'occurrence 73 p. 100 de ceux-ci), la plupart sinon la totalité de ces personnes se sont abstenues de le faire essentiellement pour des raisons d'ordre personnel, je tiens à souligner qu'à l'étape de l'analyse relative à l'article premier, il incombe au gouvernement de démontrer qu'il portait aussi peu atteinte au droit concerné qu'il lui était raisonnablement possible de le faire.

(4) Remedy

(4) La réparation

291 The appellant argued that if s. 29(*a*) was found to have been an infringement on her *Charter* rights, it should be declared invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and that she and the members of her class should be compensated for their losses under s. 24(1) of the *Charter*. Engaging in an elaborate analysis of the proper type of declaratory relief to extend in this case borders on the absurd, given the fact that the legislation in question has been repealed for over a decade. Determining, for instance, the proper duration for which any declaration might be suspended in order to give the government an opportunity to amend its legislation is a purely hypothetical exercise. Nonetheless, given the appellant's claim for pecuniary relief under s. 24(1), a brief outline of the factors to be considered in fashioning a declaration of invalidity in this case may be warranted.

De prétendre l'appelante, s'il est jugé que l'al. 29*a*) a porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, cette disposition devrait être déclarée invalide en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les personnes de son groupe et elle-même devraient être indemnisées de leurs pertes en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. S'engager dans une complexe analyse afin d'élaborer le jugement déclaratoire qui conviendrait en l'espèce frôlerait l'absurde, étant donné que la disposition litigieuse a été abrogée il y a plus d'une dizaine d'années. Par exemple, déterminer la période pendant laquelle la déclaration d'invalidité devrait être suspendue pour permettre au gouvernement de modifier le texte en question serait une opération purement théorique. Néanmoins, comme l'appelante demande une réparation pécuniaire en vertu du par. 24(1), il convient sans doute d'exposer brièvement les facteurs devant être pris en compte dans l'élaboration de la déclaration d'invalidité en l'espèce.

292 In determining the appropriate remedy in the case of legislation that is found to violate a *Charter* right, courts must walk a fine line between fulfilling their judicial role of protecting rights and intruding on the legislature's role; *Schachter*, *supra*. Simply striking down s. 29(*a*) would have lead to the result that all social assistance beneficiaries would

Le tribunal appelé à déterminer la réparation convenable lorsqu'un texte de loi porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* doit prendre soin, dans l'exercice de son rôle de protecteur des droits, de ne pas empiéter sur celui du législateur; *Schachter*, précité. Un jugement invalidant seulement l'al. 29*a*) aurait eu pour effet que tous les bénéficiaires d'aide

2002 SCC 84 (CanLII)

have received the full benefit unconditionally. The respondent has argued that the government would never have adopted such a measure, and more importantly, that it would have been unable, from a financial standpoint, to fulfill such a legislative commitment. It is in recognition of this that Robert J.A. held that s. 23 of the Regulation, which set the actual amounts of the benefits, should also be invalidated so that the legislative intent of the Act would not be distorted by the court. The problem that this approach raises is that it may in fact lead to an even more severe transgression of the legislature's intention; it could mean that the *Social Aid Act* no longer supplies anyone with benefits. At the very least, the provision of benefits unconditionally to those under 30 would help to fulfill the statute's objective of providing for the needy. To declare s. 23 invalid would be to completely eliminate the legislative objective.

sociale auraient reçu inconditionnellement le plein montant des prestations. L'intimé a fait valoir que le gouvernement n'aurait jamais adopté une telle mesure et, facteur plus important encore, qu'il aurait été financièrement incapable de s'acquitter d'un tel engagement d'origine législative. C'est pour cette raison que le juge Robert de la Cour d'appel a conclu que l'art. 23 du Règlement, qui fixe le montant des prestations, devait lui aussi être invalidé pour éviter que le tribunal ne dénature l'intention du législateur. Le problème que présente cette démarche est qu'elle pourrait, dans les faits, entraîner une transgression encore plus grave de l'intention du législateur, en ce qu'elle pourrait mettre fin au versement de toute prestation à qui que ce soit en vertu de la *Loi sur l'aide sociale.* À tout le moins, le versement inconditionnel de prestations aux moins de 30 ans contribuerait à la réalisation de l'objectif de la *Loi sur l'aide sociale*, qui est de venir en aide aux personnes dans le besoin. Déclarer l'art. 23 invalide reviendrait à contrecarrer complètement l'objectif visé par cette loi.

293 In *Schachter*, *supra*, Lamer C.J. held that a delayed declaration of invalidity would be appropriate when striking down unconstitutional legislation if immediate relief (1) posed a danger to the public, (2) threatened the rule of law, or (3) deprived deserving persons of benefits. In this case, the invalidation of s. 29(*a*) would not pose a danger to the public, nor would it deprive deserving persons of benefits, since it would expand the category of beneficiaries. However, given the broad impact of this legislation on Quebec society, as well as the wide range of alternatives that might be taken in order to bring complex social legislation such as this into line with constitutional standards, I believe that suspension of the declaration would have been appropriate in this case. Given the large sums of money spent by legislatures on social assistance programs such as this and the complexity of the programs at issue, a court should not intrude too deeply into the role of legislature in this field. As noted earlier, given that the provision in question is no longer in force, this issue is moot. However, if the legislation was still in place, I would have ordered that the declaration of invalidity be suspended for a period of 18

Dans l'arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a conclu qu'il convient de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité d'une mesure législative pour cause d'inconstitutionnalité lorsque l'application immédiate de la réparation (1) pose un danger pour le public, (2) menace la primauté du droit ou (3) prive de bénéfices des personnes admissibles. En l'espèce, l'annulation de l'al. 29*a*) ne poserait pas un danger pour le public et ne priverait pas de bénéfices des personnes admissibles, puisqu'elle élargirait au contraire la catégorie des bénéficiaires. Cependant, compte tenu de l'incidence considérable des mesures législatives litigieuses sur la société québécoise et le large éventail de solutions de rechange qui pourraient être adoptées pour harmoniser une complexe loi sociale de ce genre avec les normes constitutionnelles, je suis d'avis qu'il aurait convenu de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité en l'espèce. Vu les sommes importantes que les législatures consacrent aux programmes d'aide sociale du genre de celui qui nous intéresse et la complexité des programmes en litige, les tribunaux ne devraient pas s'ingérer de façon trop importante dans les affaires du législateur dans ce domaine. Comme je l'ai mentionné précédemment,

2002 SCC 84 (CanLII)

months, the period that the government demonstrated would be required to implement changes to the legislation.

étant donné que la disposition contestée n'est plus en vigueur, cette question est devenue théorique. Cependant, si la disposition existait encore, j'aurais ordonné la suspension de la déclaration d'invalidité pendant 18 mois, période qui, comme l'a démontré le gouvernement, serait nécessaire pour mettre en œuvre des modifications à la législation pertinente.

294 The appellant also requests that this Court make an order under s. 24(1) of the *Charter* compensating the members of her group for the difference between the full benefit and the reduced amount during the time they were on the reduced benefit. The appellant argues that without such an order, her rights will not have been given any real effect.

L'appelante demande également à notre Cour de rendre, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, une ordonnance accordant aux membres du groupe dont elle fait partie une indemnité égale à l'écart entre le plein montant des prestations et celui des prestations réduites qu'ils ont touchées. Sans une telle ordonnance, plaide-t-elle, on n'aura pas donné effet véritable à ses droits.

295 On this point, I find myself in substantial agreement with the conclusion of Robert J.A., who refused to grant a monetary award under s. 24(1). As Lamer C.J. held in *Schachter*, where a provision is struck down under s. 52, a retroactive s. 24(1) remedy will not generally be available. The appellant argues that the odd facts of this case may make it one of those extraordinary occasions in which a s. 24(1) remedy could be added to a s. 52 declaration. The facts of this case do not allow for such a result.

Sur ce point, je souscris pour l'essentiel à la conclusion du juge Robert de la Cour d'appel, qui a refusé d'accorder une réparation pécuniaire en vertu du par. 24(1). Comme a déclaré le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, si une disposition est invalidée en application de l'art. 52, il n'y a généralement pas ouverture à réparation rétroactive en vertu du par. 24(1). Selon l'appelante, les faits inhabituels de la présente affaire pourraient constituer une de ces situations extraordinaires où une réparation fondée sur le par. 24(1) pourrait s'ajouter à une déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'art. 52. Les faits de l'espèce ne justifient pas un tel résultat.

296 First, I agree with Robert J.A. that because this case involves a class action, there is more difficulty in ordering a s. 24(1) remedy. It would be impossible for this Court to determine the precise amount that was owed to each individual in the class. Who participated in the programs, and who did not, the number of months during which they did not participate, the amount of the shortfall in benefits at different times, are all impossible to determine.

Premièrement, à l'instar du juge Robert, j'estime qu'en raison de l'existence d'un recours collectif en l'espèce, il est plus difficile d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1). Il serait impossible à notre Cour d'établir le montant exact dû à chaque membre du groupe. Qui a participé aux programmes? Qui ne l'a pas fait? Pendant combien de mois les intéressés n'ont pas participé à un programme? Quel est le montant des prestations manquantes pour les diverses périodes pertinentes? Voilà autant de questions auxquelles il est impossible de répondre.

297 Second, the significant cost that would be incurred by the government were it required to pay damages must be considered. As Lamer C.J. held in *Schachter*, while a consideration of expenses might

Deuxièmement, il faut tenir compte des dépenses importantes que ferait le gouvernement s'il devait verser des dommages-intérêts. Comme a conclu le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, bien que

2002 SCC 84 (CanLII)

not be relevant to the substantive *Charter* analysis, it is relevant to the determination of the remedy. Requiring the government to pay out nearly half a billion dollars, the amount requested, would have a significant impact on the government's fiscal situation, and potentially on the general economy of the province of Quebec.

la prise en compte de considérations budgétaires puisse ne pas être pertinente dans l'analyse de la question de fond touchant la *Charte*, elle l'est dans la détermination de la réparation. Obliger le gouvernement à verser pratiquement un demi-milliard de dollars, en l'occurrence la somme qui est demandée, aurait une incidence appréciable sur sa situation financière et peut-être même sur l'économie générale de la province de Québec.

Thirdly, as I have shown in my reasons, the creation of a social assistance program that is respectful of the equality rights of young people need not necessarily have involved increasing the benefit levels of those under 30 to the level of the 30-year-old beneficiaries. The government might have chosen to improve the coverage given by the programs to those under 30, or, as it did in 1989, to impose conditions on all beneficiaries.

298 Troisièmement, comme je l'ai démontré dans mes motifs, la création d'un programme d'aide sociale respectueux des droits à l'égalité des jeunes ne requérait pas nécessairement que les prestations versées aux moins de 30 ans soient majorées au niveau de celles versées aux 30 ans et plus. Le gouvernement aurait pu choisir d'améliorer les avantages accordés aux moins de 30 ans par les programmes ou, comme il l'a fait en 1989, d'imposer des conditions à tous les bénéficiaires.

Accordingly, I would deny the appellant's request for an order for damages pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

299 Par conséquent, je rejette la demande de dommages-intérêts présentée par l'appelante en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

C. *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*

C. *La Charte des droits et libertés de la personne du Québec*

Section 45 of the *Quebec Charter*

L'article 45 de la *Charte québécoise*

The appellant also claims that s. 29(*a*) violated her s. 45 rights under the *Quebec Charter*. Section 45 of the *Quebec Charter* reads as follows:

300 L'appelante affirme également que l'al. 29*a*) porte atteinte aux droits que lui garantit l'art. 45 de la *Charte québécoise*, qui est rédigé ainsi :

45. Every person in need has a right, for himself and his family, to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living.

45. Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

The respondent argues that the terms "provided for by law" and "susceptible" have the effect of limiting the degree to which the government must act to provide a decent standard of living. She argues that the section means that the government need only provide, in an efficient manner, the assistance that it defines in its own legislation. In his reasons, Robert J.A. engaged in an extensive analysis of international human rights documents in order to offer context to the interpretation of the section, and in particular, the aforementioned terms. He found that

L'intimé plaide que les termes « prévues par la loi » et « susceptibles » ont pour effet de limiter l'étendue de ce que doit faire le gouvernement pour garantir un niveau de vie décent. Elle prétend que, suivant cette disposition, le gouvernement n'a qu'à fournir de manière efficiente l'aide qu'il définit dans ses mesures législatives. Dans ses motifs, le juge Robert de la Cour d'appel a analysé en profondeur des documents internationaux en matière de droits de la personne pour dégager le contexte permettant d'interpréter la disposition en question et les termes

2002 SCC 84 (CanLII)

in the context of the other social rights enumerated in the *Quebec Charter*, as well as the language of international social charters, the terms "provided for by law" and "susceptible" should not be read restrictively. The appellant, likewise, argues that those terms, instead of limiting the right, create a positive obligation on the state to put in place social assistance by law.

susmentionnés en particulier. Il a conclu que, à la lumière des autres droits sociaux énumérés dans la *Charte québécoise* et dans le texte des chartes sociales internationales, les termes « prévues par la loi » et « susceptibles » ne sauraient être interprétés restrictivement. L'appelante avance elle aussi que ces termes ne limitent pas le droit concerné, mais imposent plutôt à l'État l'obligation positive d'établir des mesures d'aide sociale par voie législative.

301 When compared to the other social rights enumerated in the *Quebec Charter*, in particular those that are limited by the words "to the extent provided by law" (emphasis added) (e.g., s. 44), I would agree with the appellant that the term "provided for by law" should not be read too restrictively. In my view, the word "susceptible" defines the nature of the benefit to be provided which could encompass social programs such as the ones that were established under the legislation impugned in these proceedings. Thus, I would find that, on its face, s. 45 does create some form of positive right to a minimal standard of living.

Lorsqu'on le compare aux autres droits sociaux énumérés dans la *Charte québécoise*, tout particulièrement ceux qui sont limités par les mots « dans la mesure prévue par la loi » (je souligne) (par exemple l'art. 44), je souscris à l'argument de l'appelante selon laquelle l'expression « prévues par la loi » ne devrait pas être interprétée trop restrictivement. À mon avis, le terme « susceptibles » définit la nature des avantages envisagés, qui pourraient être des programmes sociaux tels ceux établis en vertu du texte de loi contesté en l'espèce. Par conséquent, j'estime que, à la lumière de son texte même, l'art. 45 crée une certaine forme de droit positif à un niveau de vie minimal.

302 There is no need, however, to enter into a lengthy examination of whether the legislation in question here provided for social assistance which met the standard required by s. 45. This is because the section must be interpreted in light of the remedial provisions of the *Quebec Charter.* Section 52 of the *Quebec Charter* reads as follows:

Il n'est toutefois pas nécessaire de s'attarder à la question de savoir si, en l'espèce, le texte de loi litigieux assurait une aide sociale respectant la norme prescrite par l'art. 45. La raison en est que la disposition en question doit être interprétée en fonction des dispositions réparatrices de la *Charte québécoise*. Voici, à cet égard, le texte de l'art. 52 de la *Charte québécoise* :

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

In my view, it is quite clair that the court has no power to declare any portion of a law invalid due to a conflict with s. 45. Section 52 simply cannot apply.

À mon avis, il est très clair que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de déclarer invalide tout ou partie d'un texte de loi pour cause d'incompatibilité avec l'art. 45. L'article 52 n'est tout simplement pas applicable.

303 The appellant also argues that she should be entitled to damages pursuant to s. 49 of the *Quebec Charter*. Section 49 reads as follows:

L'appelante prétend également qu'elle a droit à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 49 de la *Charte québécoise*, qui est rédigé ainsi :

2002 SCC 84 (CanLII)

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

This Court interpreted s. 49 in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345. In that case, Gonthier J. held (at paras. 119-21) that:

In my view, the first paragraph of s. 49 and art. 1053 *C.C.L.C.* are based on the same legal principle of liability associated with wrongful conduct . . . .

It is thus clear that the violation of a right protected by the *Charter* is equivalent to a civil fault. The *Charter* formalizes standards of conduct that apply to all individuals. The legislative recognition of these standards of conduct has to some extent exempted the courts from clarifying their content. This recognition does not, however, make it possible to distinguish in principle the standards of conduct in question from that under art. 1053 *C.C.L.C.*, which the courts apply to the circumstances of each case. The violation of one of the guaranteed rights is therefore wrongful behaviour, which, as the Court of Appeal has recognized, breaches the general duty of good conduct. . . .

The nature of the damages that may be obtained under the first paragraph of s. 49 reinforces the parallel with civil liability. It is understood that the moral and material damages awarded by a court following a *Charter* violation are strictly compensatory in nature. The wording of the provision leaves no doubt in this regard, since it entitles the victim of an unlawful interference with a protected right to obtain "compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom".

In *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, L'Heureux-Dubé J. clarified this further by holding, for a unanimous Court (at para. 116), that:

To find that there has been unlawful interference, it must be shown that a right protected by the *Charter* was infringed and that the infringement resulted from wrongful conduct. A person's conduct will be characterized as wrongful if, in engaging therein, he or she violated a standard of conduct considered reasonable in the circumstances under the general law . . . .

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

Dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, notre Cour a interprété l'art. 49. Le juge Gonthier a tiré les conclusions suivantes, aux par. 119-121 :

À mon avis, l'art. 49, al. 1 et l'art. 1053 *C.c.B.C.* relèvent d'un même principe juridique de responsabilité attachée au comportement fautif . . .

Ainsi, il est manifeste que la violation d'un droit protégé par la *Charte* équivaut à une faute civile. La *Charte* formalise en effet des normes de conduite, qui s'imposent à l'ensemble des citoyens. La reconnaissance législative de ces normes de conduite a dispensé la jurisprudence, dans une certaine mesure, d'en préciser le contenu. Cependant, cette reconnaissance ne permet pas de distinguer, en principe, les normes de conduite en question de celle qui découle de l'art. 1053 *C.c.B.C.*, et que les tribunaux appliquent aux circonstances de chaque espèce. La violation d'un des droits garantis constitue donc un comportement fautif, qui, comme l'a déjà reconnu la Cour d'appel, contrevient au devoir général de bonne conduite . . .

La nature des dommages-intérêts que permet d'obtenir l'art. 49, al. 1 renforce le rapprochement avec la responsabilité civile. Il est entendu que les dommages moraux et matériels qu'accorde un tribunal suite à une violation de la *Charte* sont de nature strictement compensatoire. Le libellé du texte législatif ne laisse subsister aucun doute à ce sujet, puisqu'il confère à la victime d'une atteinte illicite à un droit protégé le droit d'obtenir « la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte ».

Dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, le juge L'Heureux-Dubé, exprimant la décision unanime de la Cour, a apporté les précisions suivantes, au par. 116 :

Pour conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la *Charte* a été violé et que cette violation résulte d'un comportement fautif. Un comportement sera qualifié de fautif si, ce faisant, son auteur transgresse une norme de conduite jugée raisonnable dans les circonstances selon le droit commun . . .

2002 SCC 84 (CanLII)

304 Thus, in order to substantiate a s. 49 claim against the government for having drafted legislation that violates a *Quebec Charter* right, one would need to demonstrate that the legislature has breached a particular standard of care in drafting the legislation. It seems to me unlikely that a government could, under s. 49, be held responsible for having simply drafted faulty legislation. This view was shared by Gonthier J. in *Guimond*, *supra*, at para. 13, where he quoted approvingly Delisle J.A.:

> [TRANSLATION] In terms of the civil law, there is no doubt that the Crown is not negligent when it enacts a law that is subsequently declared invalid, any more than the public official who attends to its implementation.

Thus, on the s. 45 issue, I would find that while the section appears to create some form of right to a statutory social assistance regime providing a minimum standard of living, in this case, that right is unenforceable; neither s. 52 nor s. 49 of the *Quebec Charter* applies.

305 The appellant argues that it makes no sense to have a section that is of no effect. My response to that is two-fold. First, no s. 49 remedy could be substantiated in this case because no wrongful conduct was found to exist. This does not mean that a private actor, or a state official, acting in a wrongful manner, could not, in another case, be found to have violated someone's s. 45 rights. In such a case, the court would be free to award damages. Secondly, even though the section does not provide for financial redress from the government in this case, the section is not without value. Indeed it is not uncommon for governments to outline non-judiciable rights in human rights charters. Courts are not the only institutions mandated to enforce constitutional documents. Legislatures also have a duty to uphold them. If, in this case, the court cannot force the government to change

Par conséquent, la personne qui, en vertu de l'art. 49, présente contre l'État une demande reprochant à celui-ci d'être l'auteur d'un texte de loi contrevenant à un droit garanti par la *Charte québécoise* doit démontrer que le législateur a manqué à une norme de diligence donnée dans la rédaction du texte de loi en question. Il me semble improbable que l'État puisse, par application de l'art. 49, être tenu responsable simplement parce qu'il aurait rédigé un texte de loi lacunaire. Le juge Gonthier a souscrit à ce point de vue dans l'arrêt *Guimond*, précité, par. 13, où il a cité et approuvé les propos suivants du juge Delisle de la Cour d'appel :

> Sur le plan du droit civil, il ne fait aucun doute que l'État ne commet pas une faute en adoptant une loi qui sera par la suite déclarée invalide, pas plus que le fonctionnaire qui voit à son application.

En conséquence, pour ce qui est de la question de l'art. 45, bien que cette disposition paraisse créer un certain droit à un régime d'aide sociale prévu par la loi et assurant un niveau de vie minimal, j'estime que le respect de ce droit ne peut pas, en l'espèce, être obtenu en justice; ni l'art. 52 ni l'art. 49 de la *Charte québécoise* ne s'appliquent.

L'appelante soutient qu'il n'est pas logique qu'une disposition ne produise pas d'effets. Ma réponse à cet argument comporte deux volets. Premièrement, aucune réparation fondée sur l'art. 49 ne saurait être justifiée en l'espèce, puisqu'on n'a pas conclu à l'existence d'un comportement fautif. Cela ne signifie pas qu'un particulier ou un représentant de l'État qui aurait agi de manière fautive ne pourrait pas, dans une autre situation, être reconnu coupable d'avoir porté atteinte aux droits garantis à une personne par l'art. 45. Dans un tel cas, il serait loisible au tribunal d'accorder des dommages-intérêts. Deuxièmement, même si l'art. 45 ne permet pas d'obtenir de réparation pécuniaire de l'État dans la présente affaire, cette disposition n'est pas sans valeur. De fait, il n'est pas inhabituel pour les législateurs d'énoncer, dans les chartes relatives aux droits de la personne, des droits dont

2002 SCC 84 (CanLII)

the law by virtue of s. 45, the *Quebec Charter* still has moral and political force.

on ne peut demander aux tribunaux d'assurer le respect. Les tribunaux ne sont pas les seules institutions chargées de veiller au respect des documents constitutionnels. Les législateurs ont eux aussi l'obligation de les faire respecter. Malgré le fait que, en l'espèce, la Cour ne puisse, en vertu de l'art. 45, contraindre l'État à modifier la loi, la *Charte québécoise* conserve néanmoins sa valeur morale et politique.

2002 SCC 84 (CanLII)

VIII. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal. I would declare s. 29(*a*) of the Regulation unconstitutional. The constitutional questions are answered as follows:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

Yes.

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

4. If so, is the infringement 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.

VIII. Conclusion

306 Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Je déclarerais inconstitutionnel l'al. 29*a*) du Règlement. Voici les réponses données aux questions constitutionnelles :

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée 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.

The following are the reasons delivered by

307 ARBOUR J. (dissenting) — The facts, as well as the history of this litigation, are set out at length in my colleagues' opinions and I need not repeat them here. Essentially, the appellant asserts on her own behalf and on behalf of a class of claimants that a provision of the regulations under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, in force between 1984 and 1989 which provided for lesser benefits for single adults under the age of 30 than for those 30 and over was unconstitutional as violating ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

308 I would allow this appeal on the basis of the appellant's s. 7 *Charter* claim. In doing so, I conclude that the s. 7 rights to "life, liberty and security of the person" include a positive dimension. Few would dispute that an advanced modern welfare state like Canada has a positive moral obligation to protect the life, liberty and security of its citizens. There is considerably less agreement, however, as to whether this positive moral obligation translates into a legal one. Some will argue that there are interpretive barriers to the conclusion that s. 7 imposes a positive obligation on the state to offer such basic protection.

309 In my view these barriers are all less real and substantial than one might assume. This Court has never ruled, nor does the language of the *Charter* itself require, that we must reject any positive claim against the state — as in this case — for the most basic positive protection of life and security. This Court has consistently chosen instead to leave open the possibility of finding certain positive rights to the basic means of subsistence within s. 7. In my view, far from resisting this conclusion, the language and structure of the *Charter* — and of s. 7 in particular — actually compel it. Before demonstrating all of this it will be necessary to deconstruct the various firewalls that are said to exist around s. 7, precluding this Court from reaching in

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) — Comme les faits et l'historique des procédures judiciaires sont exposés en détail dans les opinions de mes collègues, je n'ai pas besoin de les répéter. Essentiellement, l'appelante, en son nom et au nom d'un groupe de demandeurs, plaide l'inconstitutionnalité, pour cause de violation des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une disposition du règlement d'application de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, qui était en vigueur de 1984 à 1989 et accordait aux jeunes adultes de moins de 30 ans des prestations inférieures à celles versées aux bénéficiaires âgés de 30 ans et plus.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne l'argument de l'appelante fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. Ce faisant, j'arrive à la conclusion que le droit d'un individu « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » que lui garantit l'art. 7 comporte une dimension positive. Peu de gens mettraient en doute l'obligation morale positive qu'a un État providence moderne comme le Canada de protéger la vie, la liberté et la sécurité de ses citoyens. Cependant, la question de savoir si cette obligation morale positive se traduit par une obligation légale ne recueille pas un aussi large consensus. Certains soutiennent que, en raison d'obstacles sur le plan de l'interprétation, il est impossible de conclure que l'art. 7 impose à l'État l'obligation positive d'offrir une protection aussi fondamentale.

À mon avis, ces obstacles sont moins réels et importants qu'on pourrait le supposer. Pas plus que ne l'exige le texte même de la *Charte*, la Cour n'a jamais statué qu'il lui fallait rejeter toute action — comme celle qui nous occupe — demandant à l'État d'intervenir concrètement pour assurer aux citoyens la protection tangible la plus élémentaire en ce qui touche à la vie et à la sécurité. Au contraire, la Cour a constamment choisi de ne pas écarter la possibilité de conclure à l'existence, à l'art. 7, de certains droits positifs à des moyens élémentaires de subsistance. À mon sens, loin de faire obstacle à une telle conclusion, le texte et la structure de la *Charte* — tout particulièrement l'art. 7 de celle-ci — commandent en fait une telle conclusion.

2002 SCC 84 (CanLII)

this case what I believe to be an inevitable and just outcome.

Avant de démontrer ces propositions, j'estime qu'il sera nécessaire de démanteler les barrières qui, affirme-t-on, entourent l'art. 7 et empêchent la Cour d'arriver en l'espèce à un résultat que je considère juste et incontournable.

I. Preliminary Concerns

It is often suggested that s. 7 of the *Charter* cannot impose positive legal obligations on government. Before embarking on the usual textual, purposive and contextual analysis required in constitutional interpretation, it is therefore necessary to address the barriers that are traditionally said to preclude *a priori* a positive claim against the state under s. 7.

I. Questions préliminaires

310 On affirme souvent que l'art. 7 de la *Charte* ne saurait avoir pour effet d'assujettir les gouvernements à des obligations légales positives. Avant d'amorcer les analyses textuelle, téléologique et contextuelle requises en matière d'interprétation constitutionnelle, il est donc nécessaire d'examiner les obstacles qui, objecte-t-on généralement, empêcheraient a priori de solliciter, en vertu de l'art. 7, l'intervention concrète de l'État.

A. *Economic Rights*

There was some discussion in the courts below concerning whether s. 7 extends its protection to the class of so-called "economic rights". That discussion gets its impetus from certain dicta of Dickson C.J. in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. In *Irwin Toy*, Dickson C.J. compared the wording of s. 7 to similar provisions in the American *Bill of Rights* and noted the following, at p. 1003:

> The intentional exclusion of property from s. 7, and the substitution therefor of "security of the person" . . . leads to a general inference that economic rights as generally encompassed by the term "property" are not within the perimeters of the s. 7 guarantee.

This has no relevance to the present appeal. On its face, the statement purports to rule out of s. 7 only those economic rights that are generally encompassed by the term "property". The appellant in this case makes no claim that could reasonably be construed as a claim to a right of property. Indeed, the claim she does make — namely, to a level of social assistance adequate for the provision of her basic needs of subsistence — is one which Dickson C.J. explicitly excepted from his statement in *Irwin Toy*, at pp. 1003-4:

A. *Les droits économiques*

311 On s'est demandé, devant les juridictions inférieures, si la protection de l'art. 7 s'étendait à la catégorie des droits dits « économiques ». Cet examen a été inspiré par certaines remarques formulées par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où ce dernier avait comparé le texte de l'art. 7 aux dispositions similaires de la Constitution américaine et dit ceci, à la p. 1003 :

> [L']exclusion intentionnelle de la propriété de l'art. 7 et son remplacement par la « sécurité de sa personne » [. . .] permet d'en déduire globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme « propriété », ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7.

Ces remarques ne sont pas pertinentes dans le présent pourvoi. À première vue, cet énoncé n'entend exclure du champ d'application de l'art. 7 que les droits économiques généralement visés par le terme « propriété ». En l'espèce, l'appelante ne revendique rien qui pourrait raisonnablement être interprété comme un droit de propriété. De fait, l'objet de l'action de l'appelante — savoir un niveau d'aide sociale suffisant pour subvenir à ses besoins essentiels — est un droit du genre de ceux que le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 1003-1004, a explicitement exclus de la portée de l'énoncé général, cité plus haut, qu'il fait dans le même arrêt :

2002 SCC 84 (CanLII)

This is not to declare, however, that no right with an economic component can fall within "security of the person". Lower courts have found that the rubric of "economic rights" embraces a broad spectrum of interests, ranging from such rights, included in various international covenants, as rights to social security, equal pay for equal work, adequate food, clothing and shelter, to traditional property-contract rights. To exclude all of these at this early moment in the history of *Charter* interpretation seems to us to be precipitous. We do not, at this moment, choose to pronounce upon whether those economic rights fundamental to human life or survival are to be treated as though they are of the same ilk as corporate-commercial economic rights.

Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression « sécurité de sa personne ». Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des « droits économiques » couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales — tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats — que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats. Ce serait agir avec précipitation, à notre avis, que d'exclure tous ces droits alors que nous en sommes au début de l'interprétation de la *Charte*. À ce moment-ci, nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si ces droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie, doivent être traités comme s'ils étaient de la même nature que les droits économiques des sociétés commerciales.

This prudent exercise in judicial restraint was understandable given that, unlike the case here, the question was not directly relevant in *Irwin Toy*. The instant appeal, in contrast, makes obvious why "those economic rights fundamental to human life or survival" should not in fact be treated as of the same ilk as corporate-commercial economic rights. Simply put, the rights at issue here are so intimately intertwined with considerations related to one's basic health (and hence "security of the person") — and, at the limit, even of one's survival (and hence "life") — that they can readily be accommodated under the s. 7 rights of "life, liberty and security of the person" without the need to constitutionalize "property" rights or interests.

Cette attitude de retenue judiciaire marquée par la prudence était compréhensible, étant donné que, contrairement à ce qui est le cas dans le présent pourvoi, cette question n'était pas directement pertinente dans l'arrêt *Irwin Toy*. En revanche, la présente affaire illustre clairement pourquoi « [l]es droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie » ne devraient pas, dans les faits, être traités comme s'ils étaient de même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. En d'autres mots, les droits litigieux en l'espèce sont si intimement liés à des considérations touchant fondamentalement à la santé d'une personne (et, de ce fait, à la « sécurité de sa personne ») — et même, à la limite, à la survie de cette personne (et partant à sa « vie ») — qu'ils peuvent facilement s'intégrer dans le droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » prévu à l'art. 7, sans qu'il soit nécessaire de constitutionnaliser les droits ou intérêts de « propriété ».

312 Indeed, the rights at issue in this case are so connected to the sorts of interests that fall under s. 7 that it is a gross mischaracterization to attach to them the label of "economic rights". Their only kinship to the economic "property" rights that are *ipso facto* excluded from s. 7 is that they involve some economic value. But if this is sufficient to attract the label "economic right", there are few rights that would not be economic rights. It is in the very nature of rights that they crystallize certain benefits, which

D'ailleurs, le lien entre les droits en litige et ceux visés à l'art. 7 est suffisamment étroit que le fait de les appeler « droits économiques » constitue une grossière erreur de qualification. Le seul attribut qu'ils partagent avec les droits de « propriété » économiques qui sont exclus *ipso facto* de l'art. 7 est le fait qu'ils comportent une certaine valeur économique. Toutefois, si ce seul critère suffit pour qualifier un droit de « droit économique », alors rares sont les droits qui ne feraient

2002 SCC 84 (CanLII)

can often be quantified in economic terms. What is truly significant, from the standpoint of inclusion under the rubric of s. 7 rights, is not therefore whether a right can be expressed in terms of its economic value, but as Dickson C.J. suggests, whether it "fall[s] within 'security of the person'" or one of the other enumerated rights in that section. It is principally because corporate-commercial "property" rights fail to do so, and not because they contain an economic component *per se*, that they are excluded from s. 7. Conversely, it is because the right to a minimum level of social assistance is clearly connected to "security of the person" and "life" that it distinguishes itself from corporate-commercial rights in being a candidate for s. 7 inclusion.

In my view, this tells decisively against any argument that relies upon a supposed economic rights prohibition within s. 7 of the *Charter*. There is, however, a related argument, advanced by Professor Hogg among others, to suggest that the kind of interest claimed by the appellant in this case cannot fall within the scope of s. 7 (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 44-12.1):

> The trouble . . . is that it accords to s. 7 an economic role that is incompatible with its setting in the legal rights portion of the Charter — a setting that the Supreme Court of Canada has relied upon as controlling the scope of s. 7.

As I understand the argument it purports to rule out the kind of interest claimed here, not so much because it has an economic component (though that is ostensibly part of the objection), but because it fails to exhibit the characteristics of a "legal right". I take this last point to be the real thrust of the objection, since the argument would lose its teeth against an historically recognized legal right which nevertheless also had an economic component: for example, the right to a trial by jury in

pas partie de ceux-ci. Il est de l'essence même des droits qu'ils se concrétisent par certains avantages, souvent économiquement quantifiables. Pour décider si un droit est visé par l'art. 7, la considération vraiment pertinente n'est pas de savoir si ce droit peut être défini par sa valeur économique, mais plutôt, comme le suggère le juge en chef Dickson, s'il peut « être visé par l'expression "sécurité de sa personne" » ou par un autre droit énuméré dans cette disposition. C'est principalement parce qu'ils ne sont pas visés par cette expression ou par un autre droit énuméré, que les droits de « propriété » économiques des sociétés commerciales sont exclus du champ d'application de l'art. 7, et non parce qu'ils comportent en soi un aspect économique. À l'inverse, c'est parce qu'il se rattache clairement à la « vie » et à la « sécurité de [la] personne » que le droit à un niveau minimal d'aide sociale se distingue des droits économiques des sociétés commerciales et que son inclusion dans les droits visés par l'art. 7 peut être envisagée.

313 À mon avis, ces explications réfutent décisivement tout argument fondé sur l'existence d'une supposée exclusion des droits économiques de l'art. 7 de la *Charte*. Il existe toutefois un argument connexe, avancé notamment par le professeur Hogg, voulant que le type de droit que revendique l'appelante en l'espèce ne saurait être visé par l'art. 7 (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 44-12.1) :

> [TRADUCTION] Le problème [. . .] est qu'il investit l'art. 7 d'une mission économique incompatible avec son emplacement dans la section de la Charte portant sur les garanties juridiques — cadre qu'a invoqué la Cour suprême du Canada pour délimiter la portée de l'art. 7.

Si je comprends bien cet argument, le type de droit revendiqué en l'espèce serait écarté, non pas tant parce qu'il comporte une dimension économique (quoiqu'il s'agisse manifestement d'une des raisons pour lesquelles on s'oppose à son inclusion), que parce qu'il ne présente pas les caractéristiques d'une « garantie juridique ». Ce dernier point constitue selon moi l'élément central de l'objection, puisque l'argument perdrait toute sa force devant une garantie juridique historiquement reconnue

2002 SCC 84 (CanLII)

certain criminal cases, which right inevitably involves incurring additional costs in the administration of justice. I will now turn to this specific issue.

mais comportant néanmoins une dimension économique : par exemple le droit à un procès avec jury dans certaines affaires criminelles, droit qui entraîne inévitablement des coûts additionnels du point de vue de l'administration de la justice. Je vais maintenant examiner l'argument relatif aux garanties juridiques.

B. *Legal Rights*

314 The argument is that s. 7 is an umbrella of legal rights and that ss. 8 to 14, using a kind of *ejusdem generis* rule, inform and limit its scope. This restrictive interpretation of s. 7 formed no part of the reasoning in *Irwin Toy* that excluded corporate-commercial property rights from s. 7. Rather, it seems to have had its genesis in the concurring reasons of Lamer J. (as he then was) in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), at pp. 1171-74, where he observed that:

> [T]he guarantees of life, liberty and security of the person are placed together with a set of provisions . . . which are mainly concerned with criminal and penal proceedings. . . . It is significant that the rights guaranteed by s. 7 as well as those guaranteed in ss. 8-14 are listed under the title "Legal Rights", or in the French version "*Garanties juridiques*". The use of the term "Legal Rights" suggests a distinctive set of rights different from the rights guaranteed by other sections of the *Charter*. . . .
>
> . . .
>
> Section 7 and more specifically ss. 8-14 protect individuals against the state when it invokes the judiciary to restrict a person's physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm.

315 This approach to s. 7, curtailing its footprint to "legal rights" of the type contained in ss. 8 to 14,

B. *Garanties juridiques*

Suivant cet argument, l'art. 7 déploie une panoplie de garanties juridiques et, si on applique une sorte de règle *ejusdem generis*, les art. 8 à 14 ont pour effet de déterminer la portée de cet article et de la restreindre. Cette interprétation restrictive de l'art. 7 n'était pas un aspect du raisonnement appliqué par la Cour, dans l'arrêt *Irwin Toy*, pour exclure les droits de propriété économiques des sociétés commerciales du champ d'application de l'art. 7. L'interprétation en question semble plutôt tirer son origine des motifs concordants exposés par le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le « *Renvoi sur la prostitution* »), où ce dernier a fait les observations suivantes, aux p. 1171-1174 :

> [L]es garanties relatives à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne font partie d'une série de dispositions [. . .] qui visent principalement les affaires pénales. [. . .] Il est révélateur que les droits garantis par l'art. 7 ainsi que ceux garantis par les art. 8 à 14 se retrouvent sous la rubrique « Garanties juridiques » dans la version française et « *Legal Rights* » dans la version anglaise. L'expression « garanties juridiques » indique qu'il s'agit d'une catégorie de droits distincts, différents des droits garantis par d'autres articles de la *Charte* . . .
>
> . . .
>
> L'article 7, et plus spécifiquement les art. 8 à 14, protègent les individus contre l'État lorsqu'il recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu'il restreint d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire.

Dans des arrêts plus récents, la Cour a atténué l'interprétation restrictive de l'art. 7 qui avait pour

2002 SCC 84 (CanLII)

has been attenuated in more recent cases. For example, in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, this Court held (at para. 46) that "[s]ection 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'" (emphasis added). The recognition in that case that s. 7 protection extends beyond the criminal or penal context was in itself nothing new. What was noteworthy in Bastarache J.'s dictum was the suggestion, implied by his use of the phrase "at least", that s. 7 might even extend beyond the justice system and its administration. That his use of this phrase should be interpreted permissively rather than restrictively was later confirmed indirectly in *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48. In that case, this Court found that apprehension of a child by an agent of the state, pursuant to legislative authority and in the absence of a judicial order, constituted a deprivation of the parents' security of the person. While the Court went on to find the deprivation to be in conformity with the principles of fundamental justice, what is significant for present purposes is that the right to security of the person was found to be implicated by state action that had little relation to any judicial or quasi-judicial proceeding. The apprehension itself was entirely disconnected from the justice system and its administration and simply involved implementation of a legislative provision by a government official.

In the light of these recent developments, I think that there is considerable room for doubt as to whether the placement of s. 7 within the "Legal Rights" portion of the *Charter* is controlling of its scope. Moreover, the appeal to a *Charter* subheading as a way of limiting the kinds of interests that are protected by a rights-granting provision

effet de limiter la portée de celui-ci aux « garanties juridiques » du type visé aux art. 8 à 14. Par exemple, dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 46, la Cour a statué que « [l']article 7 peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d'un "acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice" » (je souligne). La reconnaissance, dans cet arrêt, du fait que la protection de l'art. 7 débordait le contexte criminel ou pénal n'avait en soi rien de nouveau. Ce qui vaut d'être souligné relativement à ces remarques du juge Bastarache est que, en utilisant l'expression « au moins », il semble évoquer la possibilité que l'art. 7 puisse même déborder le cadre du système judiciaire et son administration. Subséquemment, dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, la Cour a confirmé indirectement que l'utilisation de cette expression devait être interprétée largement plutôt que restrictivement. Dans cette affaire, la Cour a jugé que l'appréhension d'un enfant — effectuée par un agent de l'État en vertu d'un pouvoir prévu par un texte de loi, mais en l'absence d'une ordonnance judiciaire — avait pour effet de priver les parents de l'enfant en question de la sécurité de leur personne. Bien que, en définitive, la Cour ait conclu que la privation avait été imposée en conformité avec les principes de justice fondamentale, l'élément important dans le cadre du présent pourvoi est que la Cour a estimé qu'un acte de l'État qui n'avait qu'un faible lien avec une procédure judiciaire ou quasi-judiciaire avait fait entrer en jeu le droit de l'intéressée à la sécurité de sa personne. En soi, l'appréhension était une mesure entièrement dissociée du système judiciaire et de son administration et concernait simplement la mise en œuvre d'une disposition législative par un fonctionnaire.

316 Compte tenu de ces faits récents, j'estime qu'il est certes permis de se demander si le fait que l'art. 7 figure dans la section « Garanties juridiques » de la *Charte* a pour effet de circonscrire le champ d'application de cet article. En outre, l'utilisation d'un intertitre de la *Charte* comme moyen de restreindre le genre de droits protégés par une disposition

2002 SCC 84 (CanLII)

appears to be at odds with the generous and purposive approach that this Court has repeatedly identified as the proper approach to the interpretation of *Charter* rights: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. Indeed, it is more consistent with the kind of "legalistic" interpretation associated with cases decided under the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, and that Dickson J. (as he then was) specifically contrasted with the purposive approach in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344:

créatrice de droits paraît incompatible avec l'interprétation libérale et téléologique que la Cour a maintes fois désignée comme étant la démarche appropriée pour interpréter les droits garantis par la *Charte* : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. De fait, le recours aux intertitres correspond davantage au genre d'interprétation « formaliste » que l'on associe aux jugements concernant la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, et que le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a précisément opposé à l'interprétation téléologique dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, p. 344 :

> The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* [is] to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it [is] to be understood, in other words, in the light of the interests it [is] meant to protect.
>
> . . . The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, 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. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

> 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.
>
> . . . Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation 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*. [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé.]

Whereas the course of s. 7 jurisprudence may have once supported a legalistic reliance on the subheading "Legal Rights" as a way of delimiting the scope of s. 7 protection, the more recent turn in s. 7 jurisprudence indicates that this interpretive device has been supplanted by a purposive and contextual approach to the recognition of constitutionally protected rights.

Bien que, à une certaine époque, la jurisprudence de la Cour relative à l'art. 7 ait pu s'appuyer sur une interprétation formaliste fondée sur l'intertitre « Garanties juridiques » pour délimiter l'étendue de la protection conférée par l'art. 7, il ressort des arrêts plus récents sur la question que cette technique d'interprétation a été remplacée par l'application d'une démarche téléologique et contextuelle en matière de reconnaissance des droits protégés par la Constitution.

317 Finally, one should not underestimate the significance of the historical context in which Lamer J. made his comments in the *Prostitution Reference*, *supra*. At the time, almost all s. 7 cases involved

Enfin, il ne faut pas sous-estimer l'importance du contexte historique des commentaires du juge Lamer dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité. À l'époque, presque toutes les décisions relatives

2002 SCC 84 (CanLII)

challenges to state action in the context of criminal proceedings. It might then have appeared that this was the range of interests that s. 7 was meant to protect. The evolution of the case law no longer compels that conclusion. As s. 7 jurisprudence has developed, new kinds of interests, quite apart from those engaged by one's dealings with the justice system and its administration, have been asserted and found to be deserving of s. 7 protection. To now continue to insist upon the restrictive significance of the placement of s. 7 within the "Legal Rights" portion of the *Charter* would be to freeze constitutional interpretation in a manner that is inconsistent with the vision of the Constitution as a "living tree" which has always been part of the Canadian constitutional landscape. As this Court recognized in *Reference Re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 180:

> The doctrine of the constitution as a living tree mandates that narrow technical approaches are to be eschewed . . . . It also suggests that the past plays a critical but non-exclusive role in determining the content of the rights and freedoms granted by the *Charter*. The tree is rooted in past and present institutions, but must be capable of growth to meet the future.

In spite of this, some will suggest that we must distinguish cases like *K.L.W.*, *supra*, from the instant appeal on the basis that it is difficult to point to any affirmative state action in the present case which could properly be said to constitute a violation of one of the enumerated rights in s. 7. Whatever the merits of this argument, it is important to keep it distinct from the "Legal Rights" argument which has been the focus of the present discussion. The significance of cases like *Blencoe* and *K.L.W.* in the context of this discussion is that they make room for the kind of interest at issue in this appeal by relaxing any supposed requirement that the right claimed under s. 7 display the characteristics of a "legal right" similar in nature to those at stake in the administration of criminal justice. Whether these cases — or others — would also bar the present action by imposing another requirement of

à l'art. 7 portaient sur la contestation d'un acte accompli par l'État dans le cadre de procédures criminelles. Il a pu alors sembler qu'il s'agissait de l'éventail de droits que l'art. 7 était censé protéger. Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence, cette conclusion ne s'impose toutefois plus. Au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 7, les plaideurs ont invoqué de nouveaux droits très distincts de ceux qui sont en cause lorsque le système judiciaire et l'administration de la justice sont concernés, et les tribunaux ont jugé que ces droits étaient protégés par l'art. 7. Continuer aujourd'hui à insister sur l'effet restrictif qu'aurait le fait que l'art. 7 se trouve dans la section des « Garanties juridiques » de la *Charte* équivaudrait à figer l'interprétation constitutionnelle, et ce d'une manière incompatible avec la conception — qui fait depuis toujours partie du paysage constitutionnel canadien — selon laquelle la Constitution est un « arbre vivant ». Comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 180 :

> La doctrine qui compare la Constitution à un arbre nous oblige à écarter les interprétations étroites et formalistes [. . .] Elle indique aussi que le passé joue un rôle critique mais non-exclusif dans la détermination du contenu des droits et libertés conférés par la *Charte*. L'arbre est enraciné dans les institutions passées et présentes, mais il doit pouvoir croître pour faire face à l'avenir.

318 Certains avanceront néanmoins qu'il y a lieu de distinguer le présent pourvoi d'affaires telles que l'arrêt *K.L.W.*, précité, puisqu'il est difficile en l'espèce de mettre le doigt sur une mesure étatique concrète qui, pourrait-on affirmer, contrevient à l'un des droits énumérés à l'art. 7. Indépendamment de la valeur de cet argument, il importe de le séparer de celui fondé sur les « Garanties juridiques » qui vient d'être examiné. La pertinence, dans le cadre de cet examen, d'affaires tels les arrêts *Blencoe* et *K.L.W.*, est qu'elles ouvrent la porte à la reconnaissance du type de droit en litige dans le présent pourvoi en assouplissant toute prétendue exigence voulant que le droit invoqué en vertu de l'art. 7 doive posséder les caractéristiques d'une « garantie juridique » de nature similaire à celles que met en jeu l'administration de la justice criminelle. Quant à

2002 SCC 84 (CanLII)

affirmative (or positive) state action as a *sine qua non* of s. 7 protection is a different question, to which I now turn.

C. *Negative vs. Positive Rights and the Requirement of State Action*

319 There is a suggestion that s. 7 contains only negative rights of non-interference and therefore cannot be implicated absent any positive state action. This is a view that is commonly expressed but rarely examined. It is of course true that in virtually all past s. 7 cases it was possible to identify some definitive act on the part of the state which could be said to constitute an interference with life, liberty or security of the person and consequently ground the claim of a s. 7 violation. It may also be the case that no such definitive state action can be located in the instant appeal, though this will largely depend on how one chooses to define one's terms and, in particular, the phrase "state action". One should first ask, however, whether there is in fact any requirement, in order to ground a s. 7 claim, that there be some affirmative state action interfering with life, liberty or security of the person, or whether s. 7 can impose on the state a duty to act where it has not done so. (I use the terms "affirmative", "definitive" or "positive" to mean an identifiable action in contrast to mere inaction.) No doubt if s. 7 contemplates the existence only of negative rights, which are best described as rights of "non-interference", then active state interference with one's life, liberty or security of the person by way of some definitive act will be necessary in order to engage the protection of that section. But if, instead, s. 7 rights include a positive dimension, such that they are not merely rights of non-interference but also what might be described as rights of "performance", then they may be violable by mere inaction or failure by the state to actively provide the conditions necessary for their fulfilment. We must not sidestep a determination of this issue by assuming from the start that s. 7

savoir si ces arrêts — ou d'autres — feraient également obstacle à la présente action en exigeant, comme condition *sine qua non* d'application de la protection garantie par l'art. 7, l'existence d'une mesure étatique concrète (ou positive), il s'agit d'une question différente, que je vais maintenant examiner.

C. *Droits négatifs par opposition à droits positifs et existence obligatoire d'une mesure étatique*

On prétend que l'art. 7 n'accorde que des droits « négatifs » — à savoir des garanties de non-intrusion — et qu'il ne saurait donc entrer en jeu en l'absence de mesure étatique positive. Fréquemment exprimée, cette opinion est toutefois rarement examinée. Certes, il est vrai que dans pratiquement tous les arrêts antérieurs concernant l'art. 7, on trouvait un acte gouvernemental précis qui pouvait être considéré comme une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne et permettait de fonder une action en justice reprochant la violation de l'art. 7. Peut-être ne pourra-t-on pas relever la présence d'une telle mesure étatique précise dans le présent pourvoi, quoique cela dépendra largement de la définition qu'on donnera des différentes notions pertinentes, particulièrement l'expression « mesure étatique ». Cependant, il faut d'abord se demander si la présentation d'une demande fondée sur l'art. 7 requiert effectivement comme préalable l'existence d'une mesure étatique concrète portant atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, ou si l'art. 7 peut avoir pour effet d'imposer à l'État l'obligation d'agir lorsqu'il ne l'a pas fait. (J'utilise les termes « concrète », « précise » ou « positive » au sens d'une mesure identifiable par opposition à la simple inaction.) Il ne fait aucun doute que si l'art. 7 ne vise que des droits négatifs — qu'on peut décrire de façon plus juste comme étant des garanties de « non-intrusion » — il faudra alors démontrer, pour qu'entre en jeu la protection prévue par cet article, que l'État a, par quelque mesure précise, attenté de façon active à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'intéressé. Cependant, si les droits consacrés à l'art. 7 comportent plutôt une dimension positive, de sorte qu'ils ne sont pas simplement des garanties de non-intrusion, mais également ce qu'on pourrait appeler des garanties d'« intervention »,

2002 SCC 84 (CanLII)

includes a requirement of affirmative state action. That would be to beg the very question that needs answering.

ils sont alors susceptibles de violation du seul fait de l'inaction de l'État ou du défaut de celui-ci de pourvoir activement à la mise en place des conditions nécessaires à leur respect. Nous ne devons pas contourner l'analyse de cette question en supposant, d'entrée de jeu, que l'art. 7 exige l'existence d'une mesure étatique positive. Nous éluderions ainsi la question même à laquelle nous devons répondre.

2002 SCC 84 (CanLII)

It is not often clear whether the theory of negative rights underlying the view that s. 7 can only be invoked in response to a definitive state action is intended to be one of general application, extending to the *Charter* as a whole, or one that applies strictly to s. 7. As a theory of the *Charter* as a whole, any claim that only negative rights are constitutionally recognized is of course patently defective. The rights to vote (s. 3), to trial within a reasonable time (s. 11(*b*)), to be presumed innocent (s. 11(*d*)), to trial by jury in certain cases (s. 11(*f*)), to an interpreter in penal proceedings (s. 14), and minority language education rights (s. 23) to name but some, all impose positive obligations of performance on the state and are therefore best viewed as positive rights (at least in part). By finding that the state has a positive obligation in certain cases to ensure that its labour legislation is properly inclusive, this Court has also found there to be a positive dimension to the s. 2(*d*) right to associate (*Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94). Finally, decisions like *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and *Vriend*, *supra*, confirm that "[i]n some contexts it will be proper to characterize s. 15 as providing positive rights" (*Schachter*, *supra*, at p. 721). This list is illustrative rather than exhaustive.

320 Il est souvent difficile de dire si la théorie des droits négatifs sur laquelle repose cette opinion se veut d'application générale et serait donc applicable à l'ensemble de la *Charte*, ou si elle s'applique strictement à l'art. 7. En tant que théorie applicable à l'ensemble de la *Charte*, tout argument affirmant que la Constitution ne reconnaît que des droits négatifs serait manifestement erronée. Le droit de vote (art. 3), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), le droit d'être présumé innocent (al. 11*d*)), le droit de bénéficier d'un procès avec jury dans certains cas (al. 11*f*)), le droit à un interprète dans des procédures pénales (art. 14) et les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23) pour ne nommer que ceux-là, imposent tous à l'État des obligations positives d'intervention et il convient donc de les considérer comme des droits positifs (du moins en partie). En concluant que l'État a, dans certains cas, l'obligation positive de faire en sorte que ses lois du travail soient dûment inclusives, la Cour a également jugé que la liberté d'association consacrée à l'al. 2*d*) comportait une dimension positive (*Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94). Enfin, la Cour a confirmé, notamment dans les arrêts *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et *Vriend*, précité, que, « [d]ans certains contextes, il conviendra de dire que l'art. 15 confère des droits positifs » (*Schachter*, précité, p. 721). Cette liste se veut illustrative plutôt qu'exhaustive.

Moreover, there is no sense in which the actual language of s. 7 limits its application to circumstances where there has been positive state interference. It is sometimes suggested that the requirement is implicit in the use of the concept of "deprivation" within s. 7. This is highly implausible. *The Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1973), vol. 1, at p. 524, defines the term "deprive" in such a way as

321 Qui plus est, le texte de l'art. 7 ne limite d'aucune façon son application aux seuls cas où on est en présence d'une mesure attentatoire concrète de la part de l'État. On prétend parfois que le concept de « *deprivation* » évoqué dans le texte anglais de l'art. 7 emporte implicitement cette exigence. Cet argument est très peu plausible. Suivant la définition du verbe « *deprive* » que donne le *Shorter Oxford*

to include, not only active taking away, divesting, or dispossession, but also mere "keep[ing] out *of* [or] debar[ing] *from*". In other words, the concept of deprivation is sufficiently broad to embrace withholdings that have the effect of erecting barriers in the way of the attainment of some object.

English Dictionary (3e éd. 1973), vol. 1, p. 524, ce mot s'entend non seulement du fait de retirer, dépouiller, dessaisir ou déposséder d'une façon active, mais aussi le simple fait [TRADUCTION] « d'exclure [*de*] [ou] de refuser [*à*] ». En d'autres termes, le concept de « *deprivation* » est suffisamment large pour englober les privations dont l'effet est d'ériger des obstacles à la réalisation d'un objectif.

322 Nor does the phrase "principles of fundamental justice" contain a requirement of positive state action by necessary implication, particularly when one rejects a restrictive interpretation of s. 7 confining it to a "Legal Rights" umbrella. If s. 7 were nothing more than a composite of the other "legal rights", one might think that it only comes into play when the machinery of justice is activated by the state. But I have already indicated why in my view we must reject the assumption that s. 7 protects only against the kinds of incursions one might expect to suffer in connection with one's dealings with the justice system and its administration. This obliterates the foundation for the idea that the phrase "principles of fundamental justice" includes an implicit requirement of positive state action. It also leaves s. 7 bereft of any trace of language that might contain a requirement of positive state action before a breach may occur.

L'expression « principes de justice fondamentale » n'exige pas non plus, par implication nécessaire, l'existence d'une mesure étatique concrète, particulièrement si l'on rejette l'interprétation restrictive de l'art. 7 selon laquelle cette disposition se limite à une panoplie de « Garanties juridiques ». Si l'article 7 ne constituait qu'un ensemble composite des autres « garanties juridiques », sans plus, on pourrait croire qu'il n'entre en jeu que dans les cas où l'État met en branle l'appareil judiciaire. Cependant, j'ai déjà expliqué pourquoi, à mon avis, nous devons rejeter l'hypothèse voulant que l'art. 7 ne protège une personne que contre le genre d'atteintes dont elle pourrait être victime dans ses rapports avec le système judiciaire et son administration. Cette conclusion enlève tout le fondement à l'idée que l'expression « principes de justice fondamentale » exige implicitement l'existence d'une mesure étatique concrète. Cette conclusion dépouille également l'art. 7 de tout élément de texte susceptible d'exiger l'existence d'une telle mesure.

323 In fact, the context in which s. 7 is found within the *Charter*'s structure favours the conclusion that it can impose on the state a positive duty to act. Even though s. 7 cannot be reduced to an "umbrella" of the "legal rights" contained in ss. 8 to 14, there is often overlap between the two. This Court has in the past emphasized the connection of these sections to s. 7 itself. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 502-3, Lamer J. indicated that ss. 8 to 14 are "illustrative" of the principles of fundamental justice that are referred to in s. 7 (see also, the *Prostitution Reference*, *supra*, at pp. 1171-72). Given this, if some of these "principles of fundamental justice" in ss. 8 to14 entrench positive rights, one should expect that s. 7 rights would also contain a positive

En fait, la position de l'art. 7 dans la structure de la *Charte* milite en faveur de la conclusion selon laquelle cet article peut avoir pour effet d'imposer à l'État l'obligation d'agir, d'intervenir. Même si l'art. 7 ne peut se réduire à la « panoplie » des « garanties juridiques » prévues aux art. 8 à 14, les champs d'application de ces dispositions se superposent souvent. La Cour a déjà souligné le lien qui existe entre ces articles et l'art. 7. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 502-503, le juge Lamer a indiqué que les art. 8 à 14 sont des « exemples » de principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 (voir aussi le *Renvoi sur la prostitution*, précité, p. 1171-1172). En conséquence, si certains des « principes de justice fondamentale »

2002 SCC 84 (CanLII)

dimension. No doubt this is what prompted Lamer C.J. to make the following observation in *Schachter*, *supra*, at p. 721: "the right to life, liberty and security of the person is in one sense a negative right, but the requirement that the government respect the 'fundamental principles of justice' may provide a basis for characterizing s. 7 as a positive right in some circumstances".

prévus aux art. 8 à 14 consacrent des droits positifs, on devrait s'attendre à ce que les droits visés à l'art. 7 comportent également une dimension positive. C'est nul doute ce qui a incité le juge en chef Lamer à faire l'observation suivante dans l'arrêt *Schachter*, précité, p. 721 : « le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne constitue en un sens un droit négatif, mais l'exigence voulant que le gouvernement respecte "les principes de justice fondamentale" peut permettre de qualifier l'art. 7 de droit positif dans certaines circonstances ».

2002 SCC 84 (CanLII)

Finally, the case law is consistent with the view that s. 7 includes a positive dimension. In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 107, this Court explicitly held that s. 7 provided a positive right to state-funded counsel in the context of a child custody hearing. Lamer C.J. put the point quite baldly: "The omission of a positive right to state-funded counsel in s. 10 . . . does not preclude an interpretation of s. 7 that imposes a positive constitutional obligation on governments to provide counsel in those cases when it is necessary to ensure a fair hearing."

324 Enfin, la jurisprudence étaye l'opinion que l'art. 7 comporte une dimension positive. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 107, la Cour a explicitement jugé que l'art. 7 créait un droit positif aux services d'un avocat rémunéré par l'État dans le cadre d'audiences relatives à la garde d'enfants. Le juge en chef Lamer l'a énoncé de façon très catégorique : « [l]'absence de mention d'un droit positif à des services d'avocats rémunérés par l'État à l'art. 10 [. . .] n'écarte pas la possibilité d'interpréter l'art. 7 comme imposant aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir des services d'avocats dans les cas où cela est nécessaire à l'équité de l'audience. »

One must resist the temptation to dilute the obvious significance of this decision by attempting to locate the threat to security of the person in *G. (J.)* in state action. It is of course true that the proceedings at issue in *G. (J.)* were initiated by the government. But Lamer C.J. pointed out that it was not the actions of the state in initiating the proceedings, *per se*, that gave rise to the potential s. 7 violation. Rather, "[t]he potential s. 7 violation . . . would have been the result of the failure of the Government of New Brunswick to provide the appellant with state-funded counsel . . . after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*" (*G. (J.)*, *supra*, at para. 91 (emphasis added)). This focus on state omission rather than state action is consistent with Lamer C.J.'s characterization of the state's obligation to provide counsel as a positive obligation. It is in the very nature of such obligations that

325 Il faut résister à la tentation d'atténuer l'importance évidente de cet arrêt en essayant d'assimiler la menace à la sécurité de la personne dont il était question dans l'arrêt *G. (J.)* à la mesure prise par l'État. Il est vrai que, dans cette affaire, c'est le gouvernement qui avait intenté les procédures en cause. Cependant, le juge en chef Lamer a fait remarquer que la violation potentielle de l'art. 7 ne découlait pas des actes de l'État, à savoir l'engagement des procédures. Au contraire, « [l]a contravention potentielle à l'art. 7 [. . .] aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique [. . .], après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille* » (*G. (J.)*, précité, par. 91 (je souligne)). L'importance attachée à l'omission de l'État plutôt qu'à ses actes est compatible avec le fait que

they can be violated by mere inaction, or failure to perform the actions that one is duty-bound to perform.

le juge en chef Lamer a qualifié d'obligation positive l'obligation du gouvernement de fournir l'assistance d'un avocat. De par leur nature même, ces obligations sont susceptibles d'être violées par simple inaction de leur débiteur ou par le défaut de celui-ci d'accomplir les actes auxquels il est tenu.

326 In *Blencoe*, *supra*, this Court considered whether a state-caused delay in moving forward a human rights complaint violated the psychological integrity, and hence personal security, of the individual against whom the complaint was being made by subjecting him to prolonged and undue stigma. Bastarache J. stated at para. 57 that in order for state interference with an individual's psychological integrity to engage s. 7, "the psychological harm must be state imposed, meaning that the harm must result from the actions of the state" (emphasis deleted). This passage may appear to support the idea that positive state action is required to engage s. 7. There are, however, good reasons to find that it is not. For example, there are special problems relating to causation in the context of s. 7 claims involving psychological integrity which may support the need for a requirement of state action in such cases, without importing that requirement into s. 7 as a whole. Moreover, while this Court found on the particular facts of that case that there was no s. 7 violation, it also allowed that such state-caused delay might sometimes constitute a s. 7 violation, even if "only in exceptional cases" (*Blencoe*, at para. 83). In other words, *Blencoe* held that state-caused delay — the inertia (or lack of action) in moving a case forward — was not in itself incompatible with the s. 7 requirement that the impugned harm must result from "actions of the state". Therefore, *Blencoe* does not hold that all s. 7 protection is limited to cases in which one's life, liberty or security of the person is violated by positive state action. Quite the contrary, it implies that such protection will sometimes be engaged by mere state inaction.

Dans l'arrêt *Blencoe*, précité, la Cour s'est demandé si le délai — imputable à l'État — mis à donner suite à une plainte en matière de droits de la personne violait l'intégrité psychologique et, de ce fait, la sécurité personnelle de l'individu faisant l'objet de la plainte en lui faisant subir une stigmatisation prolongée et injustifiée. Au paragraphe 57, le juge Bastarache a déclaré que, pour que l'atteinte par l'État à l'intégrité psychologique d'une personne fasse entrer en jeu l'art. 7, « le préjudice psychologique doit être causé par l'État, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un acte de l'État » (soulignement supprimé). Ce passage peut sembler étayer l'idée qu'une mesure étatique concrète est nécessaire pour déclencher l'application de l'art. 7. Il existe toutefois de bonnes raisons permettant de conclure que ce n'est pas le cas. Par exemple, les demandes fondées sur l'art. 7 qui mettent en jeu l'intégrité psychologique des intéressés soulèvent des questions de causalité qui pourraient justifier qu'on exige la présence d'une mesure étatique dans de telles affaires, sans subordonner l'application de l'art. 7 à cette exigence dans tous les cas. En outre, bien que, à la lumière des faits propres à cette affaire, la Cour ait jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 7, elle a également reconnu qu'un délai imputable à l'État pouvait parfois entraîner une telle violation, même si « [c]e n'est que dans des cas exceptionnels » (*Blencoe*, précité, par. 83). Autrement dit, il a été jugé dans l'arrêt *Blencoe* qu'un délai imputable à l'État — en l'occurrence l'inertie (ou l'inaction) dans le traitement d'une plainte — n'était pas en soi incompatible avec l'existence d'une condition requérant, pour l'application de l'art. 7, que le préjudice reproché résulte de « mesures étatiques ». Par conséquent, la Cour n'a pas conclu, dans *Blencoe*, que la protection de l'art. 7 se limite aux atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont imputables à une mesure étatique concrète. Bien au contraire, il ressort implicitement de cet arrêt que la simple inaction de l'État pourra parfois faire jouer cette protection.

2002 SCC 84 (CanLII)

Nor does there appear to be any support for the opposite conclusion in other case law emanating from this Court. Far from it, by impliedly sanctioning state inaction as a sufficient ground for making a s. 7 claim in at least some circumstances, *Blencoe* and *G. (J.)* are entirely consistent with other Supreme Court case law on point, sparse as it is. Thus, in *Dunmore*, *supra*, at para. 22, this Court held that "exclusion from a protective regime may in some contexts amount to an affirmative interference with the effective exercise of a protected freedom". *Dunmore* confirms that state inaction — the mere failure of the state to exercise its legislative choice in connection with the protected interests of some societal group, while exercising it in connection with those of others — may at times constitute "affirmative interference" with one's *Charter* rights. Thus in certain contexts, the state is under a positive duty to extend legislative protections where it fails to do so inclusively.

Of course, it may well be that in order for such positive obligations to arise the state must first do something that will bring it under a duty to perform. But even if this is so, it is important to recognize that the kind of state action required will not be action that is causally determinative of a right violation, but merely action that "triggers", or gives rise to, a positive obligation on the part of the state. Depending on the context, we might even expect to see altogether different kinds of state action giving rise to a positive obligation under s. 7. In the judicial context, it will be natural to find such a state action in the initiation by the state of judicial proceedings. In the legislative context, however, it may be more appropriate, following cases like *Vriend* and *Dunmore*, to search for it in the state's decision to exercise its legislative choice in a non-inclusive manner that significantly affects a person's enjoyment of a *Charter* right. In other words, in certain contexts the state's choice to legislate over some matter may constitute state action giving rise to a positive obligation under s. 7.

327 Il ne semble pas non plus qu'on puisse trouver d'appui en faveur de la conclusion inverse dans d'autres arrêts de la Cour. Bien au contraire, en reconnaissant implicitement que, à tout le moins dans certaines situations, l'inaction de l'État suffisait à justifier une demande fondée sur l'art. 7, les arrêts *Blencoe* et *G. (J.)* sont tout à fait compatibles avec les autres arrêts pertinents de la Cour, si peu nombreux soient-ils. Ainsi, dans l'arrêt *Dunmore*, précité, par. 22, la Cour a statué que « l'exclusion d'un régime de protection peut, dans certains contextes, équivaloir à une entrave manifeste à l'exercice réel d'une liberté garantie ». L'arrêt *Dunmore* confirme que l'inaction de l'État — le simple fait pour l'État de ne pas légiférer à l'égard des droits protégés d'un groupe donné de la société, tout en le faisant à l'égard des droits d'autres groupes — peut parfois constituer une « entrave manifeste » à l'exercice par une personne des droits qui lui sont garantis par la *Charte*. En conséquence, dans certains contextes, l'État a l'obligation positive d'agir et d'étendre la protection de la loi à ceux auxquels il ne l'a pas accordée initialement.

328 Évidemment, il est fort possible que, pour que naissent de telles obligations positives, l'État doive d'abord accomplir quelque chose qui entraînera pour lui l'obligation d'agir. Mais même si c'est le cas, il importe de reconnaître qu'on n'exigera pas que la mesure étatique soit de nature à constituer une cause déterminante de la violation d'un droit, mais simplement qu'il s'agisse d'une mesure qui « crée » ou fasse naître une obligation d'agir de la part de l'État. Selon le contexte, on pourrait même s'attendre à ce que, pour l'application de l'art. 7, des mesures étatiques de types tout à fait différents fassent naître une obligation positive. En contexte judiciaire, il va de soi que l'introduction de procédures judiciaires par l'État constitue une mesure étatique. En contexte législatif toutefois, dans la foulée d'arrêts comme *Vriend* et *Dunmore*, il convient peut-être de rechercher cette mesure dans la décision de l'État de légiférer d'une manière non-inclusive, portant ainsi atteinte de façon importante à la jouissance par une personne d'un droit garanti par la *Charte*. En d'autres mots, la décision de l'État de légiférer sur une question peut, dans certaines situations, constituer une mesure étatique faisant naître, pour l'application de l'art. 7, une obligation positive.

2002 SCC 84 (CanLII)

329 The finding that s. 7 may impose positive obligations on the state brings us directly to a frequently expressed objection in the context of claims like the ones at issue in the present case that courts cannot enforce positive rights of an individual to the basic means of basic subsistence. The suggestion is that they cannot do so without being drawn outside their proper judicial role and into the realm of deciding complex matters of social policy better left to legislatures. I turn now to this concern.

La conclusion selon laquelle l'art. 7 peut avoir pour effet d'imposer à l'État des obligations positives nous amène directement à l'objection qui est souvent formulée dans les actions du genre de celles dont nous sommes saisis et qui veut que les tribunaux ne puissent contraindre le respect des droits positifs d'une personne aux moyens de subsistance élémentaires. Cette objection suppose que les tribunaux sont incapables de s'acquitter de cette tâche sans s'écarter des fonctions judiciaires qui leur incombent et s'aventurer dans le domaine complexe de la politique sociale, qu'il est préférable de laisser au législateur. Je vais maintenant examiner cet argument.

D. *Justiciability*

D. *La justiciabilité*

330 I found the obstacles to positive claims considered in the last sections to be unfounded under a correct interpretation of the *Charter*. In contrast, the concern I discuss now may present a barrier to some claimants under particular circumstances. However, it does not do so in the present case for reasons I explain below. The ostensible difficulty that confronts the appellant here is the general assertion that positive claims against the state for the provision of certain needs are not justiciable because deciding upon such claims would require courts to dictate to the state how it should allocate scarce resources, a role for which they are not institutionally competent. Professor Hogg, *supra*, puts the point as follows (at p. 44-12.1):

J'ai conclu, dans les sections précédentes des présents motifs, qu'une lecture appropriée de la *Charte* permettait d'éliminer les obstacles aux actions sollicitant l'intervention de l'État qui ont été examinés. Par contre, l'argument que j'aborde maintenant peut, dans certaines circonstances, être opposé avec succès à certains demandeurs. Toutefois, pour les raisons exposées ci-après, ce n'est pas le cas en l'espèce. La difficulté évidente à laquelle se heurte l'appelante dans la présente affaire est l'argument selon lequel les actions demandant à l'État d'intervenir concrètement afin de pourvoir à certains besoins ne sont pas justiciables au motif que, pour statuer sur ces actions, les tribunaux devraient dicter à l'État comment répartir des ressources limitées, rôle pour lequel ils ne sont pas institutionnellement compétents. Voici comment le professeur Hogg, *op. cit.*, s'exprime à ce sujet (à la p. 44-12.1) :

> [This] involves a massive expansion of judicial review, since it would bring under judicial scrutiny all of the elements of the modern welfare state . . . . As Oliver Wendell Holmes would have pointed out, these are the issues upon which elections are won and lost . . . .

> [TRADUCTION] [Ce rôle] élargirait considérablement la portée du contrôle judiciaire, puisque l'on assujettirait tous les aspects de l'État providence moderne au pouvoir de contrôle des tribunaux. [. . .] Comme l'aurait souligné Oliver Wendell Holmes, il s'agit là des questions sur lesquelles reposent l'issue des élections . . .

331 While the claim asserted here hardly in itself has the potential to bring "all of the elements of the modern welfare state" under judicial scrutiny, the concern raised by this justiciability argument is a valid one. Questions of resource allocation typically involve delicate matters of policy. Legislatures

Bien que le droit invoqué en l'espèce risque peu d'amener les tribunaux à se pencher sur « tous les aspects de l'État providence moderne », l'argument de la justiciabilité soulève une préoccupation valable. La répartition des ressources fait habituellement intervenir de délicates questions de politique

2002 SCC 84 (CanLII)

are better suited than courts to addressing such matters, given that they have the express mandate of the taxpayers as well as the benefits of extensive debate and consultation.

générale. Les législateurs sont mieux placés que les tribunaux pour résoudre ces questions, puisque les électeurs leur ont expressément confié le mandat de le faire et qu'ils ont l'avantage de pouvoir en débattre longuement et de procéder à de longues consultations à cet égard.

It does not follow, however, that courts are precluded from entertaining a claim such as the present one. While it may be true that courts are ill-equipped to decide policy matters concerning resource allocation — questions of how much the state should spend, and in what manner — this does not support the conclusion that justiciability is a threshold issue barring the consideration of the substantive claim in this case. As indicated above, this case raises altogether a different question: namely, whether the state is under a positive obligation to provide basic means of subsistence to those who cannot provide for themselves. In contrast to the sorts of policy matters expressed in the justiciability concern, this is a question about what kinds of claims individuals can assert against the state. The role of courts as interpreters of the *Charter* and guardians of its fundamental freedoms against legislative or administrative infringements by the state requires them to adjudicate such rights-based claims. One can in principle answer the question of whether a *Charter* right exists — in this case, to a level of welfare sufficient to meet one's basic needs — without addressing how much expenditure by the state is necessary in order to secure that right. It is only the latter question that is, properly speaking, non-justiciable.

332 Toutefois, il ne s'ensuit pas que les tribunaux sont préclus de connaître d'une action comme celle dont nous sommes saisis. Bien qu'il puisse être vrai que les tribunaux ne sont pas équipés pour trancher des questions de politique générale touchant à la répartition des ressources — c'est-à-dire la question de savoir combien l'État devrait dépenser et comment il devrait le faire — ce facteur ne permet pas de conclure que la justiciabilité constitue une condition préalable faisant échec à l'examen au fond du présent litige. Comme on l'a indiqué plus tôt, le présent pourvoi soulève une question tout à fait différente, celle de savoir si l'État a l'obligation positive d'intervenir pour fournir des moyens élémentaires de subsistance aux personnes incapables de subvenir à leurs besoins. Contrairement au genre de questions de politique générale que soulève le problème de la justiciabilité, nous sommes en présence de la question de savoir quels types de droits les particuliers peuvent invoquer contre l'État. Dans leur rôle d'interprètes de la *Charte* et de protecteurs des libertés fondamentales contre les atteintes de nature législative ou administrative susceptibles de leur être portées par l'État, les tribunaux sont requis de statuer sur les revendications en justice de tels droits. Il est possible, en principe, de répondre à la question de savoir si la *Charte* reconnaît un droit donné — en l'occurrence le droit pour une personne de recevoir un niveau d'aide suffisant pour lui permettre de subvenir à ses besoins essentiels — sans se demander combien l'État devrait débourser pour garantir ce droit. Seule cette dernière question est, à proprement parler, non justiciable.

Of course, in practice it will often be the case that merely knowing whether the right exists is of little assistance to the claimant. For, unless we also know what is required, or how much expenditure is needed, in order to safeguard the right, it will usually be difficult to know whether the right has been violated. This difficulty does not arise in the present

333 Certes, il arrive souvent en pratique que le simple fait de savoir si le droit en question existe ou non ne soit d'aucune utilité au demandeur. En effet, à moins de connaître également les mesures ou les dépenses qui sont requises pour garantir le respect du droit en question, il sera normalement difficile de déterminer si celui-ci a été violé. Cette difficulté ne se pose pas

2002 SCC 84 (CanLII)

case. Once a right to a level of welfare sufficient to meet one's basic needs is established, there is no question on the facts of this case that the right has been violated. This Court need not enter into the arena of determining what would satisfy such a "basic" level of welfare because that determination has already been made by the legislature, which is itself the competent authority to make it.

334 Indeed, the very welfare scheme that is challenged here includes provisions that set out the basic amount. Section 23 of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, provides that the amount receivable is established according to the "ordinary needs" ("*besoins ordinaires*") of the recipients. The bare minimum a single adult aged 30 or over can receive is $466. This is the amount that was deemed by the legislature itself to be sufficient to meet the "ordinary needs" of a single adult. The present case comes before us on the basis that the government failed to provide a level of assistance that, according to its own standards, was necessary to meet the ordinary needs of adults aged 18 to 29. The only outstanding questions are whether this is in fact established and, if so, whether the claimants had a right to the provision of their ordinary needs.

335 Thus any concern over the justiciability of positive claims against the state has little bearing on this case. At any rate, these issues, to some extent, obscure the real question. At this stage we are less concerned with what, if anything, the state must do in order to bring itself under a positive obligation than with whether s. 7 can support such positive obligations to begin with. I have already indicated several reasons for thinking that it can. I now want to supplement these reasons by means of an interpretive analysis of s. 7. As it turns out, any acceptable approach to *Charter* interpretation — be it textual, contextual, or purposive — quickly makes apparent that interpreting the rights contained in s. 7 as including a positive component is not only possible, but also necessary.

en l'espèce. Une fois établie l'existence du droit de l'individu à un niveau d'aide suffisant pour lui permettre de subvenir à ses besoins essentiels, les faits de la présente affaire démontrent clairement qu'il y a eu atteinte à ce droit. La Cour n'a pas à répondre à la question de savoir quel serait le niveau « minimum » d'aide sociale, puisque le législateur, qui est l'autorité compétente en la matière, a déjà fait cette détermination.

En effet, le régime d'aide sociale contesté en l'espèce comporte des dispositions fixant la prestation de base. L'article 23 du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, précise que la somme à laquelle a droit un bénéficiaire est établie en fonction de ses « besoins ordinaires » (« *ordinary needs* »). Le minimum que reçoit un adulte seul de 30 ans et plus s'élève à 466 $: voilà la somme que le législateur lui-même a jugée suffisante pour répondre aux « besoins ordinaires » d'un adulte seul. Dans la présente affaire, on reproche au gouvernement de ne pas avoir fourni le niveau d'aide qui, au regard des normes qu'il avait lui-même fixées, était nécessaire pour satisfaire aux besoins ordinaires des adultes âgés de 18 à 29 ans. Les seules questions qu'il reste à trancher consistent à déterminer si ce fait a été établi et, dans l'affirmative, si les demandeurs avaient droit à ce qu'on pourvoit à leurs besoins ordinaires.

Par conséquent, toute question touchant à la justiciabilité des actions sollicitant l'intervention de l'État a peu d'incidence en l'espèce. Quoi qu'il en soit, ces discussions occultent dans une certaine mesure la véritable question. À ce stade-ci, nous nous intéressons moins à ce que l'État doit faire — à supposer qu'il doive faire quelque chose — pour être assujetti à une obligation positive qu'à la question préliminaire de savoir si l'art. 7 peut même servir de fondement à de telles obligations. J'ai déjà fait état de plusieurs raisons tendant à indiquer qu'il le peut. J'aimerais maintenant les compléter en procédant à une analyse interprétative de l'art. 7. Comme on pourra le constater, toute démarche acceptable en matière d'interprétation de la *Charte* — qu'elle soit textuelle, contextuelle ou téléologique — fait vite ressortir qu'il est non seulement possible, mais également nécessaire, de conclure que les droits visés à l'art. 7 comportent une dimension positive.

2002 SCC 84 (CanLII)

II. Analysis of Section 7 of the *Charter*

A. *Textual Interpretation: The Language of Section 7*

My colleague Bastarache J. rightly notes that "[w]ithout some link to the language of the *Charter*, the legitimacy of the entire process of *Charter* adjudication is brought into question" (para. 214). With this in mind, I set out s. 7 in its entirety:

> **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. [Emphasis added.]

I have drawn attention to the conjunction in s. 7 for two reasons: first, it constitutes an integral part of the grammatical structure of the section; and second, up until now, it has not been the subject of much judicial attention.

This is surprising. The two parts of the section could as easily have been punctuated to form more or less separate sentences. Indeed the French version of s. 7 is so punctuated. It reads as follows:

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

My reasons for emphasizing this grammatical point are straightforward. Past judicial treatments of the section have habitually read out of the English version of s. 7 the conjunction and, with it, the entire first clause. The result is that we typically speak about s. 7 guaranteeing only the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. On its face, this is a questionable construction of the language of s. 7: for it equates the protection of the second clause alone with the protection of the section as a whole. We no doubt would be less likely to make this equation had the two clauses been punctuated rather than conjoined. As it turns out, moreover, our failure to have due regard for the structure of the section has potentially

II. Analyse de l'art. 7 de la *Charte*

A. *L'interprétation textuelle : le libellé de l'art. 7*

336 Mon collègue le juge Bastarache souligne à juste titre que, « [e]n l'absence de quelque lien que ce soit avec le texte même de la *Charte*, la légitimité de tout le processus juridictionnel relatif à la *Charte* est remise en question » (par. 214). À la lumière de cette observation, je reproduis ci-après intégralement le texte anglais de l'art. 7 :

> **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. [Je souligne.]

J'attire l'attention du lecteur sur la conjonction « *and* » dans l'art. 7 pour deux raisons : premièrement, elle fait partie intégrante de la structure grammaticale de la disposition; deuxièmement, elle a jusqu'à maintenant peu retenu l'attention des tribunaux.

337 Ce fait est étonnant. On aurait aisément pu séparer les deux parties de la phrase par un signe de ponctuation et en faire deux phrases plus ou moins indépendantes. De fait, c'est ainsi que se présente la version française, dont voici le texte :

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Les raisons pour lesquelles j'insiste sur cet aspect grammatical sont simples. Dans la jurisprudence relative à cette disposition, on a généralement fait abstraction de la conjonction « *and* » figurant dans la version anglaise de l'art. 7 et, partant, de toute la première partie de la disposition. Voilà pourquoi on considère habituellement que l'art. 7 garantit uniquement le droit qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il s'agit à première vue d'une interprétation discutable du texte de l'art. 7, car elle considère que la protection accordée par le deuxième membre de phrase et celle accordée par la disposition dans son ensemble ne font qu'une. De toute évidence, nous aurions vraisemblablement été moins enclins à faire

2002 SCC 84 (CanLII)

dramatic consequences for the scope of the s. 7 guarantee. This was implicitly recognized by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicles Act*, *supra*, at p. 500:

> It is clear that s. 7 surely protects the right not to be deprived of one's life, liberty and security of the person when that is done in breach of the principles of fundamental justice. The outcome of this case is dependent upon the meaning to be given to that portion of the section which states "and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". On the facts of this case it is not necessary to decide whether the section gives any greater protection, such as deciding whether, absent a breach of the principles of fundamental justice, there still can be, given the way the section is structured, a violation of one's rights to life, liberty and security of the person under s. 7. [Emphasis added.]

The quoted passage indicates that, from the earliest stages of s. 7 interpretation, this Court has considered it a very live issue whether the first clause in s. 7 involves some greater protection than that accorded by the second clause alone.

338 It is in fact arguable, as Professor Hogg, *supra*, points out (at p. 44-3), "that s. 7 confers two rights": a right, set out in the section's first clause, to "life, liberty and security of the person" full stop (more or less); and a right, set out in the section's second clause, not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Wilson J. explicitly considered this interpretation of s. 7 in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 488. Although in that case she expressed misgivings regarding the feasibility of the interpretation, she ultimately left its status undecided. In fact, in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 523, which was heard later in the same year, she may have overcome her earlier misgivings and impliedly accepted the two-rights interpretation by stating that a

cette équation si, dans la version anglaise, les deux membres de phrases avaient été séparés par un signe de ponctuation plutôt que par une conjonction. De plus, il s'avère que notre omission de tenir dûment compte de la structure de la disposition pourrait entraîner d'importantes conséquences du point de vue de l'étendue de la garantie offerte par l'art. 7. Le juge Lamer a implicitement reconnu cette possibilité dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 500 :

> Il ne fait pas de doute que l'art. 7 garantit le droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne lorsque cela est fait contrairement aux principes de justice fondamentale. L'issue de la présente affaire dépend du sens à donner à la partie de l'article où on dit : « il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». D'après les faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'article accorde une plus grande protection, notamment si, en l'absence d'une violation des principes de justice fondamentale, il peut quand même y avoir, compte tenu de la formulation de l'article, une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que garantit l'art. 7. [Je souligne.]

Il ressort de cet extrait que, depuis ses toutes premières décisions sur l'interprétation de l'art. 7, la Cour a considéré que la question de savoir si la première partie de l'art. 7 accorde une protection plus large que celle prévue par la seule deuxième partie de cette disposition est loin d'être théorique.

Comme le souligne le professeur Hogg, *op. cit.*, il est possible de soutenir [TRADUCTION] « que l'art. 7 confère deux droits » (p. 44-3) : le droit, énoncé dans la première partie de la disposition, « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », point à la ligne (plus ou moins), ainsi que le droit, énoncé dans la deuxième partie de la disposition, à ce qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Madame le juge Wilson s'est expressément penchée sur cette interprétation dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 488. Bien que, dans cette affaire, elle ait exprimé des réserves quant à la possibilité d'une telle interprétation, madame le juge Wilson n'a pas tranché la question en définitive. En fait, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de*

2002 SCC 84 (CanLII)

deprivation of life, liberty or security of the person would require s. 1 justification even if the principles of fundamental justice were satisfied. Her statement in this regard is consistent with the notion that the first clause in s. 7 affords additional protection, over and above that afforded in the second clause, with the result that mere compliance with the principles of fundamental justice does not in itself guarantee that the rights to life, liberty and security of the person will not be violated.

la C.-B., précité, p. 523, pourvoi entendu plus tard au cours de la même année que l'affaire susmentionnée, madame le juge Wilson a peut-être surmonté les réserves qu'elle avait exprimées plus tôt dans l'année et implicitement accepté l'interprétation prônant l'existence d'un double droit lorsqu'elle a affirmé que, même en cas de respect des principes de justice fondamentale, une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne devra être justifiée au regard de l'article premier. Son affirmation sur ce point est compatible avec l'idée que la première partie de l'art. 7 offre une protection additionnelle, en sus de celle prévue à la deuxième partie, et qu'en conséquence le simple respect des principes de justice fondamentale n'est pas garant en soi de l'absence d'atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne.

The two-rights interpretation of s. 7 has fallen into relative obscurity since these latest references to it by Lamer and Wilson JJ. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra.* To some extent, this was to be expected. As indicated above, this Court has most often had occasion to visit issues of s. 7 interpretation in criminal, or quasi-criminal, contexts. In those contexts, there is little need to concern ourselves with any potentially self-standing right in the first clause of s. 7. Since what we are concerned with in such penal cases is the constitutional validity of positive state action that actively deprives individuals of their liberty, it is not surprising that the s. 7 analysis would focus only upon the second clause, which deals with those types of deprivation. *Re B.C. Motor Vehicles Act* was a case in point. Unlike Lamer J. in that case, however, we have not always been careful in such cases to delineate the scope of our s. 7 discussion. This has led to a general impression that s. 7 is reduced to the right contained in the second clause.

339 L'interprétation prônant l'existence d'un double droit garanti par l'art. 7 est restée dans une obscurité relative depuis que les juges Lamer et Wilson en ont fait état dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Cette situation était dans une certaine mesure prévisible. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la Cour est plus souvent qu'autrement appelée à interpréter l'art. 7 en contexte criminel ou quasi-criminel. Dans ces cas, il y a peu de raisons de s'interroger sur l'existence potentielle d'un droit distinct dans la première partie de l'art. 7. En effet, étant donné que, dans ces affaires pénales, nous nous intéressons à la validité constitutionnelle d'une mesure étatique positive ayant pour effet de priver concrètement une personne de sa liberté, il n'est pas étonnant que l'analyse fondée sur l'art. 7 ne s'attache qu'à la deuxième partie de la disposition, qui vise précisément ces types de privations. Le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, illustre bien ce point. Cependant, contrairement à ce qu'a fait le juge Lamer dans cet arrêt, nous n'avons pas toujours pris soin, dans de telles affaires, de bien circonscrire la portée de notre analyse fondée sur l'art. 7, et c'est ce qui a fait naître l'impression que l'art. 7 se résume au droit prévu à la deuxième partie de la disposition.

As I have already suggested, this is not a plausible construction of the text of s. 7. Only by ignoring the structure of s. 7 — by effectively reading out

340 Comme je l'ai indiqué précédemment, il ne s'agit pas d'une interprétation plausible du texte de l'art. 7. Ce n'est qu'en faisant abstraction de la

2002 SCC 84 (CanLII)

the conjunction and, with it, the first clause — is it possible to conclude that it protects exclusively "the right not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice". There may be some question as to how far, precisely, the protection of s. 7 extends beyond this, but that the section's first clause affords some additional protection seems, as a purely textual matter, beyond reasonable objection.

structure de l'art. 7 — c'est-à-dire en le réaménageant par la suppression de la conjonction « *and* » dans la version anglaise de la disposition et, partant, de la première partie de la disposition — qu'il est possible de conclure que cet article protège exclusivement « *the right not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice* » (« le droit de n'être privé de la vie, de la liberté et de la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale »). Il est permis de se demander jusqu'où, précisément, s'étend la protection de l'art. 7, mais il semble qu'on ne puisse raisonnablement nier que, d'un point de vue purement textuel, la première partie de la disposition offre une protection additionnelle.

341 The instant appeal requires us to consider, perhaps for the first time, what this additional protection might consist of. Without wanting to limit the possibilities at this early stage of interpreting the first clause, there are at least two alternatives that present themselves. The first was alluded to by both Lamer and Wilson JJ. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra.* In essence, it entails reading the first clause as providing for a completely independent and self-standing right, one which can be violated even absent a breach of fundamental justice, but requiring a s. 1 justification in the event of such violation. This interpretation gets its starting point from the fact that the first clause of s. 7 makes no mention of the principles of fundamental justice. It follows, the thinking goes, that the right to life, liberty and security of the person provided for in the first clause can be violated even where the state conducts itself in accordance with the principles of fundamental justice. And since the justificatory analysis under s. 1 was, at an early stage of *Charter* jurisprudence, given a very limited role in the context of s. 7 violations primarily because it was thought that the violation of a right in breach of fundamental justice could almost never be justified, this interpretation restores to s. 1 a more active role to play in the context of at least some s. 7 violations.

Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés, peut-être pour la première fois, à nous demander en quoi pourrait consister cette protection additionnelle. Sans vouloir limiter les possibilités si tôt dans l'interprétation de la première partie de la disposition, signalons qu'il existe au moins deux possibilités. Les juges Lamer et Wilson ont évoqué la première dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Essentiellement, suivant cette interprétation, la première partie établirait un droit entièrement distinct et autonome, auquel il peut avoir été porté atteinte même en l'absence de violation des principes de justice fondamentale, sous réserve qu'en pareils cas il faut justifier cette atteinte au regard de l'article premier. À la base, cette interprétation repose sur le fait que la première partie de l'art. 7 ne renferme aucune mention des principes de justice fondamentale. Il s'ensuivrait qu'il peut y avoir atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne consacré dans la première partie, même lorsque l'État agit en conformité avec les principes de justice fondamentale. De plus, étant donné que, dans les premiers arrêts sur la *Charte*, l'analyse de la justification au regard de l'article premier ne jouait qu'un rôle très limité dans les affaires reprochant des violations de l'art. 7 — principalement parce qu'on estimait qu'une atteinte à un droit résultant d'une violation des principes de justice fondamentale ne pouvait presque jamais se justifier —, cette interprétation reconnaît à l'article premier un rôle plus grand dans le contexte d'au moins certaines violations de l'art. 7.

2002 SCC 84 (CanLII)

Another possible interpretation of what the additional protection afforded by the first clause of s. 7 consists of focuses less on the omission of any reference to the principles of fundamental justice, and more on its failure to make any mention of the term "deprivation". There is indeed something plausible in the idea that, by omitting such language, the first clause extends the right to life, liberty and security of the person beyond protection against the kinds of state action that have habitually been associated with the term "deprivation". Essentially, this interpretation would suggest that by omitting the term "deprivation" in the first clause, the section implies that it is at most in connection with the right afforded in the second clause, if at all (see *supra*, at para. 321), that there must be positive state action in order to ground a violation; the right granted in the first clause would be violable merely by state inaction.

342 Une autre interprétation possible de la protection additionnelle conférée par la première partie de l'art. 7 consiste à s'attacher moins à l'absence de mention des principes de justice fondamentale et plutôt à l'absence du terme « *deprivation* » en anglais. Il est en effet plausible que, du fait de l'absence de ce terme, la première partie de la disposition élargisse le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne au-delà de la protection contre les mesures étatiques habituellement associées à ce terme. Essentiellement, cette interprétation suggère que, en raison de l'absence du terme « *deprivation* » dans la première partie de la disposition, il s'ensuivrait que c'est tout au plus à l'égard du droit garanti dans la deuxième partie, à supposer que ce soit même le cas (voir le par. 321), qu'il faut établir l'existence d'une mesure étatique positive pour fonder une plainte de violation de ce droit; le droit garanti dans la première partie de la disposition serait susceptible de violation par simple inaction de l'État.

I need not decide here which of these two interpretations, if any, is to be preferred. Indeed, they do not appear to be mutually exclusive. For the purposes of the present appeal, it suffices to raise the following two points: first, either interpretation is preferable to the way s. 7 has habitually been interpreted to this point in time, not only textually but also, as I will now demonstrate, from the standpoints of contextual and purposive analysis; and second, either interpretation accommodates — indeed demands — recognition of the sort of interest claimed by the appellant in this case.

343 Je n'ai pas à décider en l'espèce si l'une ou l'autre de ces interprétations doit être retenue. D'ailleurs, elles ne paraissent pas s'exclure mutuellement. Pour l'examen du présent pourvoi, il suffit de mentionner les deux points suivants : premièrement, chacune de ces interprétations est préférable à la façon dont l'art. 7 a été interprété jusqu'à maintenant, non seulement d'un point de vue textuel, mais aussi, comme je vais le démontrer, du point de vue de l'analyse contextuelle et téléologique; deuxièmement, ces deux interprétations permettent — de fait exigent — la reconnaissance du type de droit que revendique l'appelante en l'espèce.

B. *Purposive Analysis*

B. *L'analyse téléologique*

The proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* is, as I have mentioned (at para. 316), a purposive one. In *Big M Drug Mart*, *supra*, Dickson J. stated at p. 344:

> The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* [is] to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it [is] to be understood, in other words, in the light of the interests it [is] meant to protect.

344 Comme je l'ai évoqué plus tôt (au par. 316), la démarche qu'il convient d'adopter pour définir les droits et libertés garantis par la *Charte* est l'analyse téléologique. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson a dit ceci, à la p. 344 :

> 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.

2002 SCC 84 (CanLII)

. . . The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, 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. [Emphasis deleted.]

. . . Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation 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*. [Soulignement supprimé.]

An interpretation of s. 7 which reduces it to the right contained in the second clause — the "deprivation" clause — is seriously at odds with any purposive interpretation of the right to life guaranteed by the section. Indeed, if that interpretation were to be accepted, it would effectively denude the right to life of any purpose whatsoever, rendering it essentially vacuous.

Considérer que l'art. 7 se résume au droit prévu à la deuxième partie de la disposition — la clause relative à l'« atteinte » — va sérieusement à l'encontre de toute interprétation téléologique du droit à la vie garanti par cet article. De fait, si l'on retenait cette interprétation, on priverait ainsi le droit à la vie de tout objet utile, le rendant essentiellement vide de sens.

345 Professor Hogg, *supra*, implies as much when he argues that "[s]o far as 'life' is concerned, the section has little work to do" (p. 44-6). This is only true, however, if we understand the s. 7 guarantee as it has been habitually understood. For in that case, the protection of the section would extend only to "deprivations" of life that were not in accordance with the principles of fundamental justice. And since "principles of fundamental justice" has so far been interpreted to invoke the basic tenets of the "legal system", narrowly defined to include only courts and tribunals that perform court-like functions, the purpose of guaranteeing the right to life would seem limited on this interpretation to guarding against capital punishment, which is the only obvious way in which the "legal system", so defined, could potentially trench on a person's right to life. But, as Professor Hogg points out, such a purpose might just as well be served by s. 12 of the *Charter*, which protects individuals against cruel and unusual punishment. In effect, then, on this interpretation the s. 7 guarantee of the right to life would be purposeless, and the right itself emptied of any meaningful content.

C'est ce que laisse implicitement entendre le professeur Hogg, *op. cit.*, lorsqu'il affirme que, [TRADUCTION] « [e]n ce qui concerne la "vie", la disposition a un rôle très limité » (p. 44-6). Ce n'est toutefois vrai que si on interprète la garantie de l'art. 7 au sens où on l'entend habituellement, puisque, dans un tel cas, la protection conférée par cette disposition ne viserait que les « atteintes » à la vie qui ne seraient pas conformes aux principes de justice fondamentale. De plus, comme on a jusqu'à maintenant considéré, dans l'interprétation des « principes de justice fondamentale », que ceux-ci mettaient en jeu les préceptes fondamentaux du « système juridique », qui a été défini restrictivement et ne s'entend que des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs qui exercent des fonctions à caractère judiciaire, il semblerait, suivant cette interprétation, que le droit à la vie se limite à la protection contre la peine de mort, seul moyen évident par lequel le « système juridique », ainsi défini, pourrait porter atteinte au droit à la vie d'une personne. Cependant, comme le souligne le professeur Hogg, l'art. 12 de la *Charte* — qui protège une personne contre les peines cruelles et inusitées — pourrait tout aussi bien permettre de réaliser cet objectif. Par conséquent, selon cette interprétation, la garantie relative au droit à la vie prévue par l'art. 7 serait dans les faits sans objet et le droit lui-même vidé de tout contenu utile.

346 One should not readily accept that the right to life in s. 7 means virtually nothing. To begin with, this result violates basic standards of interpretation by suggesting that the *Charter* speaks essentially

On ne devrait pas accepter d'emblée que le droit à la vie prévu à l'art. 7 soit virtuellement vide de sens. Tout d'abord, une telle conclusion est contraire aux principes d'interprétation les plus

2002 SCC 84 (CanLII)

in vain in respect of this fundamental right. More importantly, however, it threatens to undermine the coherence and purpose of the *Charter* as a whole. After all, the right to life is a prerequisite — a *sine qua non* — for the very possibility of enjoying all the other rights guaranteed by the *Charter*. To say this is not to set up a hierarchy of *Charter* rights. No doubt a meaningful right to life is reciprocally conditioned by these other rights: they guarantee that human life has dignity, worth and meaning. Nevertheless, the centrality of the right to life to the *Charter* as a whole is obvious. Indeed, it would be anomalous if, while guaranteeing a complex of rights and freedoms deemed to be necessary to human fulfilment within society, the *Charter* had nothing of significance to say about the one right that is indispensable for the enjoyment of all of these others.

Thus, in my view, any interpretation of the *Charter* that leaves the right to life such a small role to play is one that threatens to impugn the coherence of the whole *Charter*. Far from being a poor relation of other *Charter* rights — one which deserves protection merely as a negative right, while certain other *Charter* rights are granted recognition as full-blown positive rights — the right to life is, in a very real sense, their essential progenitor. So much so that to deny any real significance to the *Charter* guarantee of the right to life would be to undercut the significance of every other *Charter* guarantee.

A purposive interpretation of s. 7 as a whole requires that all the rights embodied in it be given meaning. But by leaving no meaningful role to be played by the right to life, the habitual interpretation of s. 7 threatens not only the coherence, but also the purpose of the *Charter* as a whole. In order to avoid this result, we must recognize that the state can potentially infringe the right to life, liberty and security of the person in ways that go beyond violating the right contained in the second clause of s. 7. Whether one chooses to characterize matters by stating: (a) that it is not merely active "deprivations"

élémentaires, car elle laisse entendre que la disposition de la *Charte* sur ce droit fondamental est rédigée en termes essentiellement creux. Facteur plus important encore, cette interprétation risque de miner la cohérence et l'objet de la *Charte* dans son ensemble. Après tout, le droit à la vie constitue une condition préalable — *sine qua non* — à la possibilité même de jouir de tous les autres droits garantis par la *Charte*. Cela ne revient pas à hiérarchiser les droits garantis par la *Charte*. Il ne fait aucun doute qu'un véritable droit à la vie est réciproquement tributaire de ces autres droits, qui garantissent à la vie humaine, dignité, valeur et sens. Néanmoins, le caractère central du droit à la vie dans la *Charte* est évident. D'ailleurs, il serait anormal que la *Charte* garantisse un ensemble de droits et libertés jugés nécessaires à l'épanouissement de l'être humain au sein de la société sans exprimer quoi que ce soit d'important sur le droit indispensable à la jouissance de tous les autres.

347 Par conséquent, j'estime que toute interprétation de la *Charte* qui aurait pour effet de limiter à ce point le rôle du droit à la vie risque de miner la cohérence de l'ensemble de la *Charte*. Loin d'être le parent pauvre des autres droits de la *Charte* — c'est-à-dire un droit qui ne mérite une protection qu'à titre de droit négatif, alors que d'autres droits prévus par la *Charte* sont reconnus comme des droits positifs à part entière — le droit à la vie est, dans un sens très réel, la source de ces droits, tant et si bien que refuser d'accorder toute importance concrète au droit à la vie garanti par la *Charte* aurait pour effet d'amoindrir l'importance de chacune des autres garanties de la *Charte*.

348 L'interprétation téléologique de l'ensemble de l'art. 7 requiert que l'on donne un sens à tous les droits qui y sont consacrés. Toutefois, en n'attribuant aucun rôle concret au droit à la vie, l'interprétation habituellement donnée à l'art. 7 menace non seulement la cohérence de la *Charte* dans son ensemble, mais également son objet. Pour éviter ce résultat, il nous faut reconnaître qu'il peut arriver que l'État porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne autrement qu'en violant le droit prévu à la deuxième partie de l'art. 7. Qu'on exprime cette opinion en disant

2002 SCC 84 (CanLII)

of life, liberty and security of the person (as opposed to the mere withholdings) that s. 7 is concerned with; or (b) that s. 7 can be violated even absent a breach of the "principles of fundamental justice"; the basic point is that s. 7 must be interpreted as protecting something more than merely negative rights. Otherwise, the s. 7 right to life will be reduced to the function of guarding against capital punishment — a possibly redundant function in light of s. 12 — with all of the intolerable conceptual difficulties attendant upon such an interpretation.

(a) que l'art. 7 ne vise pas de simples « atteintes » actives à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (par opposition à de simples négations de ces droits) ou (b) qu'il peut y avoir violation de l'art. 7 même en l'absence d'un manquement aux « principes de justice fondamentale », cette interprétation revient essentiellement à considérer que l'art. 7 protège davantage que de simples droits négatifs. Dans le cas contraire, le rôle du droit à la vie garanti par l'art. 7 se résumerait à la protection contre la peine de mort — faisant ainsi potentiellement double emploi avec l'art. 12 —, avec toutes les difficultés conceptuelles intolérables qui découlent d'une telle interprétation.

C. *Contextual Analysis*

C. *L'analyse contextuelle*

349 Quite apart from its specific relation to the right to life guaranteed in s. 7, the structure and purpose of the *Charter* also provide relevant context for the interpretation of *Charter* rights more generally. This idea was implicit in this Court's dicta regarding constitutional interpretation in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 50:

Indépendamment du lien précis qu'ils ont avec le droit à la vie prévu à l'art. 7, la structure et l'objet de la *Charte* établissent également un contexte pertinent aux fins d'interprétation, de façon plus générale, des droits garantis par la *Charte*. Cette idée ressort implicitement des remarques suivantes, formulées par la Cour en matière d'interprétation constitutionnelle dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 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.

> 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.

What holds for "the Constitution as a whole" also holds for its constituent parts, including the *Charter*. Individual elements in the *Charter* are linked to one another, and must be understood by reference to the structure of the *Charter* as a whole. Support for this interpretive approach can be located in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344: "the purpose of [any] right or freedom . . . is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself".

Ce qui vaut pour l'ensemble de la Constitution vaut également pour ses éléments constitutifs, y compris la *Charte*. Chaque élément individuel de la *Charte* est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure. Le passage suivant de l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, p. 344, appuie cette méthode d'interprétation : « l'objet du droit ou de la liberté [. . .] doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même ».

350 Clearly, positive rights are not at odds with the purpose of the *Charter*. Indeed, the *Charter* compels the state to act positively to ensure the protection of a significant number of rights, including, as

Il est clair que les droits positifs ne sont pas incompatibles avec l'objet de la *Charte*. De fait, celle-ci impose à l'État l'obligation d'agir concrètement en vue d'assurer la protection d'un nombre

2002 SCC 84 (CanLII)

I mentioned earlier (at para. 320), the protection of the right to vote (s. 3), the right to an interpreter in penal proceedings (s. 14), and the right of minority English- or French-speaking Canadians to have their children educated in their first language (s. 23). Positive rights are not an exception to the usual application of the *Charter*, but an inherent part of its structure. The *Charter* as a whole can be said to have a positive purpose in that at least some of its constituent parts do.

appréciable de droits, notamment, comme je l'ai indiqué plus tôt (au par. 320), le droit de vote (art. 3), le droit à l'assistance d'un interprète dans des procédures pénales (art. 14) et le droit des minorités francophone ou anglophone au Canada de faire instruire leurs enfants dans leur langue (art. 23). Les droits positifs ne constituent pas l'exception dans l'application ordinaire de la *Charte*, mais ils font partie intégrante de la structure de celle-ci. Il est possible d'affirmer que l'objet de la *Charte* — celle-ci étant considérée dans son ensemble — a une dimension positive, en ce sens que au moins certains de ses éléments constitutifs possèdent un tel caractère.

2002 SCC 84 (CanLII)

Also instructive is s. 1. The great conceptual challenge faced by courts under s. 1 is to identify limitations to individual rights or freedoms that properly respect those rights or freedoms, without subverting them to majoritarian interests. Questions regarding the limits of individual rights can be characterized just as well in terms of delineating the scope of those rights. We can therefore expect to learn a great deal about rights definition in general, and in the context of this case specifically, by paying careful attention to the way in which this Court has handled such issues in the context of s. 1. Properly understood, the justificatory enterprise in s. 1 demonstrates that the rights-granting provisions in the *Charter* include a positive dimension.

351 L'article premier jette lui aussi de la lumière sur cette question. Le grand défi conceptuel que doivent relever les tribunaux dans l'application de cette disposition consiste à définir, à l'égard des droits et libertés individuels, des restrictions qui permettent de respecter dûment ces droits et libertés, sans les subordonner indûment aux intérêts de la majorité. Les questions concernant les restrictions dont sont assortis les droits individuels peuvent tout aussi bien être qualifiées de questions touchant à la détermination de l'étendue de ces droits. On peut donc espérer en apprendre beaucoup sur la définition des droits en général, tout particulièrement dans le présent pourvoi, en examinant attentivement la façon dont la Cour a tranché ces questions dans le cadre de l'application de l'article premier. Si on le considère comme il doit l'être, le processus de justification prévu par l'article premier démontre que les dispositions créatrices de droits de la *Charte* comportent invariablement une dimension positive.

This Court developed early on a general approach to s. 1 justification, focussing on the kinds of considerations appropriate to the justificatory analysis. That general approach was expressed in Dickson C.J.'s landmark judgment in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 135:

352 Dès le départ, la Cour a élaboré une démarche générale à l'égard de la justification prévue par l'article premier, démarche axée sur le genre de considérations qui conviennent dans cette analyse. Cette démarche a été exprimée en termes on ne peut plus clairs par le juge en chef Dickson dans l'arrêt de principe *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 135 :

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*)

Il importe de souligner dès l'abord que l'article premier remplit deux fonctions : premièrement, il enchâsse 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

against which limitations on those rights and freedoms must be measured.

We sometimes lose sight of the primary function of s. 1 — to constitutionally guarantee rights — focussed as we are on the section's limiting function.

353 Our oversight in this regard is perhaps exacerbated by the fact that the two functions served by s. 1 appear, at first blush, to conflict with one another. In what sense, after all, can one be said to be guaranteeing *Charter* rights, even as one places limits upon them? The answer lies in part in the other "limiting" sections (s. 33 and s. 38 of the *Constitution Act, 1982*): the justified limits to *Charter* rights that are permitted under s. 1 must not be confused with exceptions, denials, or other forms of restriction that would abrogate or derogate from the rights themselves (*Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 86). Dickson C.J. provides the remainder of the solution in the passage that follows, *Oakes*, *supra*, at p. 136:

> 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 . . . . 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. [Emphasis added.]

In this way, the two functions served by s. 1 are prevented from operating at cross purposes, as it were, because the very values that underlie and are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are the values that must be invoked in demonstrating that a limit on those rights and freedoms is justified. This "unity of values" underlying the dual functions of s. 1 ensures that due regard and

de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés.

Il nous arrive parfois d'oublier le rôle principal de l'article premier — c'est-à-dire garantir constitutionnellement les droits énoncés dans la *Charte* —, absorbés comme nous le sommes par le rôle restrictif de cette disposition.

Cet oubli de notre part s'explique peut-être aussi par le fait que les deux rôles que joue l'article premier semblent, de prime abord, incompatibles. Après tout, comment peut-on prétendre garantir les droits énoncés dans la *Charte* et, du même souffle, les assortir de restrictions? La réponse réside en partie dans les autres dispositions « limitatives » (art. 33 et 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) : il ne faut pas confondre les restrictions justifiées aux droits prévus par la *Charte* avec les exceptions, négations et autres formes de restriction qui auraient pour effet de déroger à ces droits ou de les abroger (*Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 86). Le juge en chef Dickson complète la réponse dans le passage suivant de l'arrêt *Oakes*, précité, p. 136 :

> 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 [. . .]. 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. [Je souligne.]

Ainsi, on évite que les deux rôles joués par l'article premier ne soient pour ainsi dire contradictoires, car les valeurs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la *Charte* et qui en sont à la source sont précisément celles qui doivent être invoquées pour démontrer que la restriction dont on assortit ces droits et libertés est justifiée. Cette [TRADUCTION] « identité de valeurs » à la base du double rôle de

2002 SCC 84 (CanLII)

protection is given to *Charter* rights even as justified limits are placed upon them (see L. E. Weinrib, "The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter" (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev.* 469, at p. 483). In fact, it would not be far from the truth to state that the types of limits that are justified under s. 1 are those, and only those, that not only respect the content of *Charter* rights but also further those rights in some sense — or to use the language of s. 1 itself, "guarantee" them — by further advancing the values at which they are directed.

l'article premier garantit le respect et la protection dus aux droits protégés par la *Charte*, même lorsque ceux-ci sont assujettis à des restrictions justifiées (voir L. E. Weinrib, « The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter » (1988), 10 *Sup. Ct. L. Rev*. 469, p. 483). En fait, on pourrait peut-être même aller jusqu'à dire que les restrictions justifiées au regard de l'article premier sont celles — et uniquement celles — qui non seulement respectent les droits garantis par la *Charte* mais ont également pour effet de les renforcer d'une certaine façon — ou, pour reprendre les termes de l'article premier, les « garanti[ssent] » — en consolidant les valeurs qu'ils visent à soutenir.

To say this is in part to recognize that limitations on rights are necessary if only to harmonize competing rights, or to give the fullest expression possible to conflicting rights. Freedom of religion, for example, can only be fulfilled for all by guarding against establishment, thereby ensuring the existence of the positive conditions necessary for all to express their own religious views: *Big M Drug Mart*, *supra*; *Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta*, [1985] 1 S.C.R. 366. Freedom of the press cannot trump the right to a fair trial (see *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480), which in turn cannot override privacy interests (see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668). In every case, the courts will search for the proper accommodation that will give the fullest expression to each of the clashing rights. See also *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455.

354 En disant cela, on reconnaît en partie qu'il peut s'avérer nécessaire de restreindre des droits, ne serait-ce que pour concilier des droits opposés ou permettre à de tels droits de s'exprimer le plus complètement possible. Par exemple, la liberté de religion ne peut être garantie à chacun qu'en la protégeant contre l'ordre établi et en permettant ainsi la réunion des conditions positives nécessaires pour que tous puissent exprimer leurs opinions religieuses : *Big M Drug Mart*, précité; *Plantation Indoor Plants Ltd. c. Procureur général de l'Alberta*, [1985] 1 R.C.S. 366. La liberté de presse ne saurait avoir préséance sur le droit à un procès équitable (voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480), lequel ne peut l'emporter sur le droit à la vie privée (voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668). Dans tous les cas, les tribunaux recherchent le compromis propre à permettre le respect le plus intégral possible de chacun des droits en conflit. Voir également *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455.

In that sense, *Charter* rights and freedoms find protection in s. 1, not only because they are guaranteed in that section, but because limitations on some rights are required by the positive protection of others. This approach to s. 1 justification, which invokes the values that underpin the *Charter* as the only suitable basis for limiting those rights, confirms that *Charter* rights contain a positive

355 En ce sens, les droits et libertés prévus par la *Charte* sont protégés par l'article premier, non seulement parce qu'on y énonce qu'ils sont garantis, mais aussi parce qu'il arrive que, pour protéger concrètement certains droits, il faille en restreindre d'autres. Cette façon de voir le processus de justification prévu par l'article premier, démarche qui considère les valeurs sous-tendant la *Charte* comme le seul

2002 SCC 84 (CanLII)

dimension. Constitutional rights are not simply a shield against state interference with liberty; they place a positive obligation on the state to arbitrate competing demands arising from the liberty and rights of others.

fondement justifiant de restreindre les droits concernés, confirme que les droits consacrés par la *Charte* comportent une dimension positive. Les droits constitutionnels ne servent pas simplement de bouclier contre les atteintes à la liberté commises par l'État, mais ils ont également pour effet d'imposer à l'État l'obligation positive d'arbitrer les revendications conflictuelles découlant des droits et libertés de chacun.

356 In other words, the justificatory mechanism in place in s. 1 of the *Charter* reflects the existence of a positive right to *Charter* protection asserted in support of alleged interference by the state with the rights of others. If such positive rights exist in that form in s. 1, they must, *a fortiori*, exist in the various *Charter* provisions articulating the existence of the rights. For instance, if one's right to life, liberty and security of the person can be limited under s. 1 by the need to protect the life, liberty or security of others, it can only be because the right is not merely a negative right but a positive one, calling for the state not only to abstain from interfering with life, liberty and security of the person but also to actively secure that right in the face of competing demands.

En d'autres termes, le mécanisme de justification instauré par l'article premier de la *Charte* traduit l'existence d'un droit positif à la protection de la *Charte* qui est invoqué lorsqu'on reproche à l'État de porter atteinte aux droits de certains. Si de tels droits positifs existent sous cette forme à l'article premier, ils doivent à plus forte raison exister dans les dispositions mêmes de la *Charte* reconnaissant l'existence des droits invoqués. Par exemple, si le droit d'un individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne peut, par application de l'article premier, être restreint en raison de la nécessité de protéger la vie, la liberté ou la sécurité d'autrui, ce ne peut être que parce que ce droit n'est pas simplement un droit négatif mais aussi un droit positif, qui commande à l'État non seulement de s'abstenir de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, mais également de garantir activement ce droit en présence de revendications conflictuelles.

357 This concludes my interpretive analysis of s. 7. In my view, the results are unequivocal: every suitable approach to *Charter* interpretation, including textual analysis, purposive analysis, and contextual analysis, mandates the conclusion that the s. 7 rights of life, liberty and security of the person include a positive dimension.

Ceci complète mon analyse interprétative de l'art. 7. Les résultats sont clairs : toute interprétation valable de la *Charte*, qu'il s'agisse d'une analyse téléologique, textuelle ou encore contextuelle, mène à la conclusion que le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 comporte une dimension positive.

358 It remains to show that the interest claimed in this case falls within the range of entitlements that the state is under a positive obligation to provide under s. 7. In one sense it seems obvious that it does. As I have already suggested, a minimum level of welfare is so closely connected to issues relating to one's basic health (or security of the person), and potentially even to one's survival (or life interest), that it appears inevitable that a positive right to life, liberty and security of the person must provide for it.

Il reste à démontrer que le droit revendiqué en l'espèce fait partie de ceux que l'État a l'obligation positive d'accorder en vertu de l'art. 7. D'une certaine manière, il semble évident que ce soit le cas. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il existe un lien si étroit entre un niveau minimal d'aide sociale et des questions touchant à la santé fondamentale d'une personne (ou sa sécurité), voire à sa subsistance (ou droit à la vie), qu'il semble inévitable qu'un droit positif à la vie, à la liberté et à la sécurité de la

2002 SCC 84 (CanLII)

Indeed in this case the legislature has in fact chosen to legislate in respect of welfare rights. Thus determining the applicability of the foregoing general principles to the case at bar requires only that we analyse this case through the lens of the underinclusiveness line of cases, of which *Dunmore*, *supra*, is the chief example.

personne pourvoit à la fourniture de ce niveau d'assistance. D'ailleurs, en l'espèce, l'État avait choisi de légiférer sur les droits relatifs à l'aide sociale. Par conséquent, pour décider si les principes généraux susmentionnés s'appliquent à la présente affaire, il nous suffit d'analyser celle-ci sous l'éclairage de la jurisprudence sur la non-inclusion, dont l'arrêt *Dunmore*, précité, constitue le principal exemple.

III. Application to the Case at Bar

As my colleague Bastarache J. observes, "[t]he question of whether a fundamental freedom can be infringed through the lack of government action was canvassed most recently in the case of *Dunmore*, *supra*" (para. 220). This Court recognized in that case that underinclusive legislation might in some contexts constitute "affirmative interference with the effective exercise of a protected freedom" (*Dunmore*, *supra*, at para. 22). In the process, we confirmed, at para. 23, L'Heureux-Dubé J.'s earlier comment in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1039, that "a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required".

III. L'application des principes à l'espèce

359 Comme le signale mon collègue le juge Bastarache, « [p]lus récemment, dans l'arrêt *Dunmore*, précité, notre Cour s'est demandée si l'absence d'intervention gouvernementale peut porter atteinte à une liberté fondamentale » (par. 220). Dans cette affaire, la Cour a reconnu qu'une loi dont la portée est trop limitative pourrait, dans certains contextes, constituer « une entrave manifeste à l'exercice réel d'une liberté garantie » (*Dunmore*, précité, par. 22). Au paragraphe 23 de cet arrêt, nous avons confirmé les commentaires que le juge L'Heureux-Dubé avait formulés précédemment dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1039, à savoir qu'« il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être ».

The combined effect of these statements is at least two-fold. Most obviously, they stand for the proposition that the *Charter*'s fundamental freedoms can be infringed even absent overt state action. Mere restraint on the part of government from actively interfering with protected freedoms is not always enough to ensure *Charter* compliance; sometimes government inaction can effectively constitute such interference.

360 Ces énoncés produisent au moins deux effets. De toute évidence, ils appuient la proposition selon laquelle il peut être porté atteinte aux libertés fondamentales garanties par la *Charte* même en l'absence d'intervention directe de l'État. Le simple fait pour l'État de s'abstenir de porter activement atteinte aux libertés protégées n'est pas dans tous les cas suffisant pour garantir le respect de la *Charte*; l'inaction de l'État peut parfois constituer effectivement une telle atteinte.

Beyond that, however, the statements also confirm that in some contexts the fundamental freedoms enumerated in the *Charter* place the state under a positive obligation to ensure that its legislation is properly inclusive. Indeed, as I have already stressed, positive rights distinguish themselves from negative rights precisely in that they are violable by mere inaction, such as the failure on the part of the state

361 Par ailleurs, ces énoncés confirment également que, dans certains contextes, les libertés fondamentales énumérées dans la *Charte* imposent à l'État l'obligation positive de veiller à ce que ses lois soient suffisamment inclusives. En effet, comme je l'ai souligné plus tôt, les droits positifs se distinguent des droits négatifs précisément en ceci qu'ils sont susceptibles de violation par simple inaction,

2002 SCC 84 (CanLII)

to include all those who should be included under a regime of protective legislation. Thus, in holding that the state cannot shield itself from *Charter* scrutiny under the pretext that underinclusive legislation does not constitute active interference with a fundamental freedom, *Dunmore* affirmed that the *Charter* provides for positive rights.

par exemple par omission de l'État d'inclure dans un régime de protection légale toutes les personnes qui devraient être visées. En conséquence, comme il a été jugé dans l'arrêt *Dunmore* que l'État ne peut soustraire une loi à un examen fondé sur la *Charte* en prétendant que le caractère non inclusif de cette loi ne constitue pas une atteinte active à une liberté fondamentale, cette décision a confirmé que la *Charte* garantit des droits positifs.

362 Of course, such positive rights to inclusion in a legislative regime had previously been recognized by this Court in the s. 15(1) context in *Vriend*, *supra*. In that case, a unanimous Court observed that there is nothing in the wording of s. 32 of the *Charter* "to suggest that a positive act encroaching on rights is required" (emphasis in original). Rather, 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" (*Vriend*, at para. 60, quoting D. Poithier "The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislative Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The primary significance of *Dunmore*, from the perspective of the instant appeal, is that it extended the positive right to legislative inclusion to *Charter* claims going beyond the equality context.

Évidemment, de tels droits positifs à l'inclusion dans un régime légal avaient déjà été reconnus par la Cour dans l'arrêt *Vriend*, précité, dans le contexte du par. 15(1). Dans cette affaire, la Cour a unanimement souligné que rien dans le texte de l'art. 32 de la *Charte* n'indiquait « qu'une action positive empiétant sur les droits soit nécessaire » (souligné dans l'original). Cette disposition est plutôt « rédigé[e] d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le législateur refuse d'exercer son pouvoir » (*Vriend*, par. 60, citant D. Poithier « The Sounds of Silence : *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak » (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, p. 115). Dans le cadre du présent pourvoi, l'intérêt premier de l'arrêt *Dunmore* est qu'il a élargi le champ d'application du droit positif à l'inclusion dans un régime légal aux demandes fondées sur la *Charte* qui débordent le contexte de l'égalité.

363 It would, in my view, be inaccurate to suggest in the light of this that claims of underinclusion are the natural province of s. 15. I think it is preferable to approach such claims by first attempting to ascertain the threat that is posed by a given piece of underinclusive legislation. Where the threat is to one of the specifically enumerated fundamental rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it will be appropriate to entertain the claim of underinclusion under the section that provides for that freedom. Admittedly, there will be cases in which underinclusion is based on a prohibited ground and threatens human dignity, and therefore is properly treated under s. 15(1), even though it does not implicate any of the other enumerated *Charter* rights. To that extent, s. 15(1) is perhaps the proper

À mon avis, compte tenu de ce qui précède, il serait inexact de suggérer que les plaintes de non-inclusion relèvent naturellement de l'art. 15. J'estime qu'il est préférable de les examiner en s'attachant d'abord à évaluer la menace que représente une mesure législative non inclusive. Lorsque la menace vise une liberté ou un droit fondamental expressément énuméré et garanti par la *Charte*, il convient d'examiner cette plainte de non-inclusion au regard de la disposition reconnaissant le droit ou la liberté en question. Il faut reconnaître qu'il se présentera des cas où la non-inclusion est fondée sur un motif de distinction illicite et menace la dignité humaine, et où il conviendra en conséquence d'examiner la demande en vertu du par. 15(1), même si elle ne soulève pas d'autres droits énumérés dans

2002 SCC 84 (CanLII)

venue for addressing certain kinds of claims of underinclusion *per se*.

But we must not conclude from this that claims based upon the underinclusiveness of legislation sit uneasily under the protection provided by other specifically enumerated *Charter* rights. As my colleague observes, total exclusion of a group from a statutory scheme protecting a certain right may in some circumstances engage that right to such an extent that the exclusion in essence infringes the substantive right as opposed to the equality right protected under s. 15(1).

Dunmore articulated the criteria necessary for making a *Charter* claim based on underinclusion outside the context of s. 15. In my view, these criteria are satisfied in this case. They are as follows:

1. The claim must be grounded in a fundamental *Charter* right or freedom rather than in access to a particular statutory regime (*Dunmore*, at para. 24).

2. A proper evidentiary foundation must be provided, before creating a positive obligation under the *Charter*, by demonstrating that exclusion from the regime constitutes a substantial interference with the exercise and fulfillment of a protected right (*Dunmore*, at para. 25).

3. It must be determined whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise the right or freedom in question (*Dunmore*, at para. 26).

These criteria are directed at ensuring that the necessary conditions for making out virtually any *Charter* claim are in place. To begin with, the claim must be grounded in an appropriate *Charter* right. That is, it must be grounded in a substantive right outside of s. 15, rather than in exclusion from a statutory regime itself, which exclusion could at best

la *Charte*. Sous cet angle, le par. 15(1) constitue peut-être la disposition au regard de laquelle il convient d'examiner certaines plaintes de non-inclusion comme telles.

364 Cependant, il ne faut pas conclure de ce qui précède que l'examen des demandes reprochant le caractère non-inclusif d'une mesure législative cadrerait mal avec la protection prévue par d'autres droits garantis par la *Charte* et expressément énumérés dans celle-ci. Comme le mentionne mon collègue, le fait d'exclure totalement un groupe du champ d'application d'un régime légal protégeant un droit donné peut, dans certaines circonstances, porter une atteinte telle à ce droit que c'est alors essentiellement le droit substantiel qui est violé plutôt que le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1).

365 Dans l'arrêt *Dunmore*, on a énoncé les critères de validité des plaintes de non-inclusion présentées en vertu de la *Charte*, en dehors du contexte de l'art. 15. Je suis d'avis que ces critères, qui sont énoncés ci-après, sont respectés en l'espèce.

1. L'argument doit reposer sur une liberté ou un droit fondamental garanti par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis (*Dunmore*, par. 24).

2. Pour que le tribunal puisse conclure à une obligation positive prévue par la *Charte*, il doit exister une preuve appropriée, démontrant que l'exclusion du régime légal crée une entrave substantielle à l'exercice du droit protégé (*Dunmore*, par. 25).

3. Il faut déterminer si l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer la liberté ou le droit fondamental en question (*Dunmore*, par. 26).

Ces critères permettent de s'assurer que sont réunies les conditions de validité nécessaires d'une demande fondée sur la *Charte*, et ce dans pratiquement tous les cas. Tout d'abord, la demande doit être fondée sur un droit approprié garanti par la *Charte*, à savoir un droit substantiel prévu par une autre disposition que l'art. 15, plutôt que sur la simple

2002 SCC 84 (CanLII)

implicate the equality guarantee. Beyond this, however, all successful *Charter* claims require that the claimant establish both that his or her right has been interfered with and that it is the government that is responsible for such interference. The second and third criteria are directed at establishing the presence of these two conditions. While establishing their presence is often a relatively straightforward matter in cases where it is the infringement of a negative right that is claimed — one must simply be able to point to a positive government action that infringes the right or freedom — the case is somewhat different here. Because claims based upon underinclusion essentially call upon the courts to find a positive obligation on the part of government to actively secure fulfilment of a *Charter* right, it would be both extremely difficult (if not impossible) for claimants to point to some positive state act that constitutes an interference with their *Charter* rights, and inappropriate to expect this of them. Instead, their claim will essentially be grounded in a lack of effective state action. We must be sensitive to this difference in conducting our analysis of the criteria. With this in mind, I will now consider each of them in turn.

exclusion d'un régime légal, exclusion qui tout au plus ferait intervenir la garantie d'égalité. Outre cela, toutefois, pour que la demande fondée sur la *Charte* soit accueillie, l'intéressé doit établir à la fois qu'on a porté atteinte au droit qu'il invoque et que l'État est responsable de cette atteinte. Les deuxième et troisième critères visent à s'assurer du respect de ces deux exigences. Dans les cas où le demandeur plaide la violation d'un droit négatif, il est souvent relativement simple de prouver le respect de ces exigences, puisqu'il suffit alors au demandeur d'être en mesure d'indiquer la mesure gouvernementale concrète qui contrevient à la liberté ou au droit invoqué. Nous sommes par contre ici en présence d'une situation assez différente. Puisque, dans le cadre d'une plainte de non-inclusion, on demande essentiellement au tribunal de conclure que le gouvernement avait l'obligation positive de garantir activement le respect d'un droit reconnu par la *Charte*, il serait d'une part extrêmement difficile (voire impossible) pour le demandeur de faire état de quelque mesure étatique concrète portant atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* et, d'autre part, déraisonnable de s'attendre à ce qu'il le fasse. L'action du demandeur reprochera plutôt essentiellement l'absence de mesure étatique efficace. Nous devons être conscients de cette distinction dans notre analyse fondée sur ces critères. À la lumière de ces remarques, je vais maintenant examiner ces critères à tour de rôle.

A. *Is the Claim Grounded in an Appropriate Charter Right?*

366 In *Dunmore*, this Court distinguished underinclusion cases that are superficially similar such as *Haig*, *supra*, and *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 ("*NWAC*"), on the basis that the *Charter* claims made in the latter cases constituted nothing more than a demand for access to a particular statutory regime (at para. 24):

> [I]n *Haig*, the majority of this Court held that "(a) government is under no constitutional obligation to extend (a referendum) to anyone, let alone to everyone", and further that "(a) referendum as a platform of expression is . . . a matter of legislative policy and not of

A. *L'argument repose-t-il sur un droit approprié garanti par la Charte?*

Dans l'arrêt *Dunmore*, précité, par. 24, la Cour a distingué le pourvoi dont elle était saisie d'affaires de non-inclusion en apparence semblables, comme les arrêts *Haig*, précité, et *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« *AFAC* »), en affirmant que les demandes fondées sur la *Charte* présentées dans ces arrêts n'étaient rien d'autre que des demandes d'accès à un régime légal particulier :

> [D]ans *Haig*, la majorité de la Cour conclut qu'un « gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir (un référendum) à qui que ce soit, et encore moins à tous » et qu'un « référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève (. . .) de la politique

2002 SCC 84 (CanLII)

constitutional law" (p. 1041 (emphasis in original)). Similarly, in *NWAC*, the majority of this Court held that "[i]t cannot be claimed that NWAC has a constitutional right to receive government funding aimed at promoting participation in the constitutional conferences" (p. 654). In my view, the appellants in this case do not claim a constitutional right to general inclusion in [a statutory regime], but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to organize exists independently of any statutory enactment . . . .

législative et non du droit constitutionnel » (p. 1041 (souligné dans l'original)). De même, dans *AFAC*, la majorité de la Cour conclut : « (o)n ne saurait prétendre que l'AFAC a, en vertu de la Constitution, le droit de recevoir des deniers publics pour promouvoir sa participation aux conférences constitutionnelles » (p. 654). J'estime que les appelants en l'espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l'inclusion générale dans [un régime légal], mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif . . .

The instant appeal is also distinguishable from *Haig* and *NWAC*, and on all fours with *Dunmore* itself, in this respect.

Le présent pourvoi peut lui aussi être distingué des arrêts *Haig* et *AFAC*, mais il correspond en tous points à l'arrêt *Dunmore* sur cette question.

367 Though it is true that the claimants in the present case attack the underinclusiveness of the regulations under the *Social Aid Act* under s. 15 on the basis that exclusion from the statutory regime on a prohibited ground in itself constitutes an affront to human dignity, their s. 7 claim is entirely independent of this. Under s. 7, their claim is not that exclusion from the statutory regime is illicit *per se*, but that it violates their self-standing right to security of the person (and potentially their right to life as well). As in *Dunmore*, this right exists independently of any statutory enactment.

367 Bien qu'il soit exact que, en l'espèce, les demandeurs contestent le caractère non-inclusif du règlement d'application de la *Loi sur l'aide sociale* en vertu de l'art. 15 au motif que le fait d'être exclu du régime légal pour un motif de distinction illicite en soi constitue un affront à la dignité humaine, l'argument qu'ils présentent en application de l'art. 7 repose sur un fondement tout à fait distinct. En effet, ils ne prétendent pas, dans cet argument, que leur exclusion du régime légal est en soi illicite, mais qu'elle contrevient à leur droit autonome à la sécurité de leur personne (et peut-être aussi à leur droit à la vie). Tout comme dans l'arrêt *Dunmore*, il s'agit d'un droit qui existe indépendamment de tout texte législatif.

368 The distinction between the s. 7 claim and the s. 15 claim can be illustrated as follows: if it were the case that the claimants could meet their basic needs through means outside of the *Social Aid Act* — for instance through an independent government program providing for subsidized housing, food vouchers, etc., in exchange for the performance of works of public service — their s. 7 claim would entirely disappear, but their s. 15 claim would potentially remain intact inasmuch as it would still be open to them to argue that being forced to resort to these alternative means somehow violated their human dignity. The problem in this case, by way of contrast, is that exclusion from this statutory regime effectively excludes the claimants from any real possibility of having their basic needs met through any means whatsoever. Thus, it is not exclusion from the particular statutory regime that is at stake but, more

368 On peut illustrer ainsi la distinction qui existe entre la demande fondée sur l'art. 7 et celle fondée sur l'art. 15 : si le demandeur était en mesure de subvenir à ses besoins essentiels par d'autres moyens que ceux prévus par la *Loi sur l'aide sociale* — par exemple, grâce à un programme gouvernemental distinct offrant des subventions au logement, des bons d'alimentation et autres mesures du genre, en contrepartie de l'exécution de travaux communautaires — sa demande fondée sur l'art. 7 perdrait toute justification, mais celle basée sur l'art. 15 pourrait demeurer valable dans la mesure où il lui serait toujours loisible de plaider que le fait d'avoir été contraint de recourir à ces solutions de rechange a, d'une certaine manière, porté atteinte à sa dignité humaine. À l'opposé, le problème en l'espèce est que l'exclusion des demandeurs du régime légal les prive effectivement de toute possibilité concrète de

2002 SCC 84 (CanLII)

basically, the claimants' fundamental rights to security of the person and life itself.

pourvoir à leurs besoins essentiels. Par conséquent, ici, ce qui est en jeu n'est pas l'exclusion du régime légal concerné mais, essentiellement, les droits fondamentaux des demandeurs à la sécurité de leur personne et à la vie même.

B. *Is there a Sufficient Evidentiary Basis to Establish that Exclusion from the Social Aid Act Substantially Interfered with the Fulfilment and Exercise of the Claimants' Fundamental Right to Security of the Person?*

B. *La preuve permet-elle d'établir que l'exclusion des demandeurs du champ d'application de la Loi sur l'aide sociale a substantiellement entravé l'exercice par ceux-ci de leur droit fondamental à la sécurité de leur personne?*

369 In order to address adequately the question that is posed here, we must first be clear about what would be sufficient to constitute the required evidentiary basis. In *Dunmore*, *supra*, at para. 25, Bastarache J. stated the requirement as follows:

> [T]he evidentiary burden in these cases is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity. Such a burden was implied by Dickson C.J. in the *Alberta Reference* . . . where he stated that positive obligations may be required "where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms" (p. 361). [Emphasis deleted.]

For clarity, Bastarache J. went on to add that "[t]hese dicta do not require that the exercise of a fundamental freedom be impossible, but they do require that the claimant seek more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms" (para. 25 (emphasis added)).

370 In view of this, one must avoid placing undue emphasis on whatever (often remote) possibility there might have been that the claimants could have satisfied their basic needs through private means, whether in the open market or with the assistance of other private actors such as family members or charitable groups. There is simply no requirement that they prove they exhausted all other avenues of relief before turning to public assistance. On the contrary, all that is required is that the claimants show that the lack of government intervention "substantially impede[d]" the enjoyment of their s. 7 rights. This requirement is best put in language that mirrors that

Pour être en mesure d'examiner adéquatement la question qui se soulève à cette étape-ci, nous devons d'abord indiquer clairement ce qui constitue une preuve suffisante. Dans l'arrêt *Dunmore*, précité, par. 25, le juge Bastarache a exprimé ainsi l'exigence applicable à cet égard :

> La charge de preuve consiste [. . .] à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*b*). Cette charge ressort implicitement de la remarque du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* [. . .] selon laquelle des obligations positives peuvent être nécessaires lorsque « l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales » (p. 361). [Soulignements supprimés.]

Par souci de clarté, le juge Bastarache a ajouté ceci : « [c]es observations ne disent pas que l'exercice d'une liberté fondamentale doit être impossible, mais que le demandeur doit rechercher davantage qu'une voie particulière pour l'exercice de ses libertés fondamentales » (par. 25 (je souligne)).

Compte tenu de ce qui précède, il faut éviter d'accorder trop d'importance à la possibilité (souvent lointaine) que les demandeurs auraient pu satisfaire à leurs besoins essentiels au moyen de ressources privées, soit en exploitant les possibilités du marché du travail soit en recourant à l'aide d'autres intervenants privés comme des membres de leur famille ou des œuvres de bienfaisance. Ils ne sont absolument pas tenus de prouver qu'ils ont épuisé tous les autres moyens de subsistance avant de faire appel à l'aide sociale. Au contraire, il leur suffit d'établir que l'absence d'intervention de l'État « [a] port[é] atteinte sensiblement » à la jouissance des droits

2002 SCC 84 (CanLII)

used by L'Heureux-Dubé J. in *Haig*, *supra*, that the claimants must show that government intervention was necessary in order to render their s. 7 rights meaningful.

que leur garantit l'art. 7. La meilleure façon de formuler cette exigence consiste à s'inspirer des termes utilisés par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Haig*, précité, et de dire que les demandeurs doivent démontrer que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour donner effet aux droits que leur garantit l'art. 7.

371 There is ample evidence in this case that the legislated exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime substantially interfered with their s. 7 rights, in particular their right to security of the person. Welfare recipients under the age of 30 were allowed $170/month. The various remedial programs put in place in 1984 simply did not work: a startling 88.8 percent of the young adults who were eligible to participate in the programs were unable to increase their benefits to the level payable to adults 30 and over. In these conditions, the physical and psychological security of young adults was severely compromised during the period at issue. This was compellingly illustrated by the appellant's own testimony and by that of her four witnesses: a social worker, a psychologist, a dietician and a community physician. The sizeable volume of the appellant's record prohibits an exhaustive exposé of the dismal conditions in which many young welfare recipients lived. I will nevertheless outline the evidence illustrating how the exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime amounted to a substantial interference with their fundamental right to security of the person and drove them to resort to other demeaning and often dangerous means to ensure their survival.

En l'espèce, la preuve établit amplement que le fait, dans le texte de loi, d'avoir exclu les jeunes adultes du plein bénéfice des avantages du régime d'aide sociale a porté substantiellement atteinte aux droits que leur garantit l'art. 7, tout particulièrement le droit à la sécurité de leur personne. Les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans touchaient 170 $ par mois. Les divers programmes de rattrapage mis en place en 1984 ne fonctionnaient tout simplement pas : un pourcentage renversant (88,8 p. 100) des jeunes adultes qui y étaient admissibles n'arrivaient pas à toucher le niveau de prestations payables aux bénéficiaires de 30 ans et plus. Dans ces conditions, la sécurité physique et psychologique des jeunes adultes a été sérieusement compromise au cours de la période en question. Cette constatation a été illustrée de façon convaincante par le témoignage de l'appelante et celui de ses quatre témoins : un travailleur communautaire, une psychologue, une diététiste et une médecin spécialisée en santé communautaire. Compte tenu de l'ampleur considérable du dossier produit par l'appelante, il n'est pas possible de dresser un tableau exhaustif des conditions épouvantables dans lesquelles vivaient de nombreux jeunes bénéficiaires d'aide sociale. Je vais néanmoins faire état de certains éléments de preuve illustrant en quoi l'exclusion des jeunes adultes du plein bénéfice du régime d'aide sociale constituait une atteinte substantielle à leur droit fondamental à la sécurité de leur personne et les contraignait à recourir à d'autres moyens dégradants et souvent dangereux pour assurer leur subsistance.

372 On $170/month, paying rent is impossible. Indeed, in 1987, the rent for a bachelor apartment in the Montreal Metropolitan Area was approximately $237 to $412/month, depending on the location. Two-bedroom apartments went for about $368 to $463/month. As a result, while some welfare

Avec une somme de 170 $ par mois, il est impossible de se payer un loyer. De fait, en 1987, le loyer mensuel d'un studio dans la région métropolitaine de Montréal oscillait approximativement de 237 $ à 412 $, selon l'endroit où il était situé. Celui des appartements comptant deux chambres à

2002 SCC 84 (CanLII)

recipients were able to live with parents, many became homeless. During the period at issue, it is estimated that over 5 000 young adults lived on the streets of the Montreal Metropolitan Area. Arthur Sandborn, a social worker, testified that young welfare recipients would often combine their funds and share a small apartment. After paying rent however, very little money was left to pay for the other basic necessities of life, including hot water, electricity and food. No telephone meant further marginalization and made job hunting very difficult, as did the inability to afford suitable clothes and transportation.

coucher variait de 368 $ à 463 $. Par conséquent, alors que certains bénéficiaires d'aide sociale ont été en mesure d'habiter chez leurs parents, bon nombre d'entre eux sont devenus des sans-abri. Au cours de la période en cause, on estime que plus de 5 000 jeunes adultes vivaient dans les rues de la région métropolitaine de Montréal. Monsieur Arthur Sandborn, travailleur communautaire, a témoigné que les jeunes prestataires mettaient souvent leur argent en commun et partageaient un petit appartement. Toutefois, après avoir payé le loyer, il ne leur restait que très peu d'argent pour se procurer les autres choses essentielles, notamment l'eau chaude, l'électricité et la nourriture. De plus, le fait qu'ils n'avaient pas le téléphone exacerbait leur marginalisation et compliquait grandement la recherche d'un emploi, tout comme le fait qu'ils n'avaient pas les moyens de se vêtir convenablement et de se déplacer.

(1) Interference with Physical Security of the Person

(1) Atteinte à la sécurité physique de la personne

373 The exclusion of welfare recipients under the age of 30 from the full benefits of the social assistance regime severely interfered with their physical integrity and security. First, there are the health risks that flow directly from the dismal living conditions that $170/month afford. Obviously, the inability to pay for adequate clothing, electricity, hot water or, in the worst cases, for any shelter whatsoever, dramatically increases one's vulnerability to such ailments as the common cold or influenza. According to Dr. Christine Colin, persons living in poverty are six times more likely to develop diseases like bronchial infections, asthma and emphysema than persons who live in decent conditions. Dr. Colin also testified that the poor not only develop more health problems, but are also more severely affected by their ailments than those who live in more favourable conditions.

L'exclusion des bénéficiaires de moins de 30 ans du groupe admissible au plein montant des prestations d'aide sociale a porté gravement atteinte à leur intégrité physique et à la sécurité de leur personne. Premièrement, qu'il suffise de mentionner les risques pour la santé qui découlent directement de la situation d'indigence que crée une prestation mensuelle de 170 $. De toute évidence, l'incapacité de se payer des vêtements convenables, l'électricité, l'eau chaude ou, dans les pires cas, un toit, accroît énormément la vulnérabilité d'une personne aux maladies comme le rhume ou la grippe. Selon le Dr Christine Colin, les personnes qui vivent dans la pauvreté sont six fois plus susceptibles de contracter des maladies comme les bronchites, l'asthme et l'emphysème que celles qui vivent dans des conditions convenables. Le Dr Colin a également témoigné que non seulement les personnes pauvres éprouvent-elles plus de problèmes de santé, mais elles sont aussi plus sévèrement affectées par leur maladie que celles vivant dans des conditions plus favorables.

374 Second, the malnourishment and undernourishment of young welfare recipients also result in a

Deuxièmement, la malnutrition et la sous-alimentation des jeunes bénéficiaires d'aide sociale

2002 SCC 84 (CanLII)

plethora of health problems. In 1987, the cost of proper nourishment for a single person was estimated at $152/month, that is 89 percent of the $170/month allowance. Jocelyne Leduc-Gauvin, a dietician, gave detailed evidence of the effects of poor and insufficient nourishment. Malnourished young adults suffer from lethargy and from various chronic problems such as obesity, anxiety, hypertension, infections, ulcers, fatigue and an increased sensitivity to pain. Malnourished women are prone to gynecological disorders, high rates of miscarriage and abnormal pregnancies. Children born to malnourished mothers tend to be smaller and are often afflicted by congenital deficiencies such as poor vision and learning disorders. Like many welfare recipients under the age of 30, the appellant suffered the consequences of malnutrition. As noted by Ms. Leduc-Gauvin, there is a sad irony in the fact that those who were left to fend for themselves on a lean $170/month — young adults aged 18 to 29 — in fact required a higher daily intake of calories and nutrients than older adults.

se traduisent également par une pléthore de problèmes de santé. En 1987, on évaluait le coût d'une bonne alimentation pour une personne seule à 152 $ par mois, soit 89 p. 100 de la prestation mensuelle de 170 $. Jocelyne Leduc-Gauvin, diététiste, a déposé en détail sur les effets d'une alimentation insuffisante et carentielle. Les jeunes adultes victimes de malnutrition souffrent de léthargie et de divers problèmes chroniques tels que l'obésité, l'anxiété, l'hypertension, les infections, les ulcères, la fatigue et la sensibilité accrue à la douleur. Les femmes dénutries sont plus vulnérables aux troubles gynécologiques et elles ont un taux élevé de fausses couches et des grossesses anormales. Les enfants de ces femmes ont tendance à être plus petits et souffrent souvent de problèmes congénitaux comme une mauvaise vue et des troubles d'apprentissage. À l'instar de nombreux prestataires de moins de 30 ans, l'appelante souffrait des conséquences de la malnutrition. Comme l'a souligné Mme Leduc-Gauvin, il est tristement ironique que les personnes qui étaient appelées à se débrouiller avec une maigre prestation mensuelle de 170 $ — les jeunes adultes âgés de 18 à 29 ans — avaient en fait besoin d'un apport quotidien calorique et nutritif plus élevé que leurs aînées.

In order to eat, many young welfare recipients benefited from food banks, soup kitchens and like charitable organizations. But since these could not be relied upon consistently other avenues had to be pursued. While some resorted to theft, others turned to prostitution. Dumpsters and garbage cans were scavenged in search of edible morsels of food, exposing the hungry youths to the risks of food poisoning and contamination. In one particular case reported by Mr. Sandborn, two young adults paid a restauranteur $10/month for the right to sit in his kitchen and eat whatever patrons left in their plates.

375 Afin de se nourrir, de nombreux jeunes prestataires ont fait appel aux banques d'alimentation, soupes populaires et autres organisations de bienfaisance du genre. Cependant, comme il n'était pas possible de recourir systématiquement à ces ressources, d'autres moyens devaient être envisagés. Certains se sont tournés vers le vol, d'autres vers la prostitution. De jeunes affamés fouillaient les bennes à rebuts et les poubelles à la recherche de restes comestibles, s'exposant ainsi à des risques d'intoxication alimentaire et de contamination. Monsieur Sandborn a signalé le cas de deux jeunes adultes qui versaient à un restaurateur la somme de 10 $ par mois pour avoir le droit de s'asseoir dans la cuisine du restaurant et de manger ce que les clients avaient laissé dans leurs assiettes.

(2) Interference with Psychological Security of the Person

(2) Atteinte à la sécurité psychologique de la personne

The psychological and social consequences of being excluded from the full benefits of the social

376 Les conséquences psychologiques et sociales de l'exclusion des jeunes adultes du plein bénéfice du

2002 SCC 84 (CanLII)

assistance regime were equally devastating. The hardships and marginalization of poverty propel the individual into a spiral of isolation, depression, humiliation, low self-esteem, anxiety, stress and drug addiction. According to a 1987 enquiry by Santé Québec, one out of five indigent young adults attempted suicide or had suicidal thoughts. The situation was even more alarming among homeless youths in Montreal, 50 percent of whom reportedly attempted to take their own lives.

377 In my view, this evidence overwhelmingly demonstrates that the exclusion of young adults from the full benefits of the social assistance regime substantially interfered with their fundamental right to security of the person and, at the margins, perhaps with their right to life as well. Freedom from state interference with bodily or psychological integrity is of little consolation to those who, like the claimants in this case, are faced with a daily struggle to meet their most basic bodily and psychological needs. To them, such a purely negative right to security of the person is essentially meaningless: theirs is a world in which the primary threats to security of the person come not from others, but from their own dire circumstances. In such cases, one can reasonably conclude that positive state action is what is required in order to breathe purpose and meaning into their s. 7 guaranteed rights.

C. *Can the State Be Held Accountable for the Claimants' Inability to Exercise their Section 7 Rights?*

378 In one sense, there appears to be considerable overlap between this third criterion for making out a successful underinclusion claim and the second criterion just discussed. In fact, once one establishes in accordance with the second criterion that a claimant's fundamental rights cannot be effectively exercised without government intervention, it is difficult to see what more would be required in order to demonstrate state accountability.

régime d'aide sociale étaient également dévastatrices. Les privations et la marginalisation rattachées à la pauvreté engagent la personne dans un engrenage d'isolement, de dépression, d'humiliation, de faible estime de soi, d'anxiété, de stress et de pharmacodépendance. Selon une enquête effectuée en 1987 par Santé Québec, un jeune adulte nécessiteux sur cinq a tenté de se suicider ou pensé à le faire. La situation était encore plus alarmante chez les jeunes sans-abri de Montréal, dont 50 p. 100 auraient, a-t-on rapporté, tenté de s'enlever la vie.

À mon avis, la preuve démontre de façon irrésistible que l'exclusion des jeunes adultes du plein bénéfice du régime d'aide sociale a porté substantiellement atteinte à leur droit fondamental à la sécurité de leur personne et peut-être même, dans certains cas extrêmes, à leur droit à la vie. Le droit de ne pas être victime d'atteintes par l'État à leur intégrité physique ou psychologique est une bien mince consolation pour les personnes qui, comme les demandeurs en l'espèce, doivent quotidiennement lutter pour subvenir à leurs besoins physiques et psychologiques les plus élémentaires. Pour eux, un tel droit purement négatif à la sécurité de la personne est essentiellement sans effet : dans leur monde, les menaces à la sécurité de leur personne ne viennent pas principalement d'autrui, mais bien des circonstances extrêmement difficiles dans lesquelles ils vivent. Dans ces cas, il est raisonnablement possible de conclure qu'une intervention concrète de l'État est nécessaire pour donner sens et effet aux droits garantis par l'art. 7.

C. *L'État peut-il être tenu responsable de l'incapacité des demandeurs à exercer les droits que leur garantit l'art. 7?*

D'un certain point de vue, ce troisième critère applicable pour établir le bien-fondé d'une plainte de non-inclusion semble, dans une large mesure, faire double emploi avec le deuxième critère que je viens d'examiner. En fait, dès que le demandeur a établi, conformément à ce deuxième critère, qu'il ne peut exercer ses droits fondamentaux de façon effective sans une intervention du gouvernement, il est difficile d'imaginer ce qu'il faut de plus pour démontrer la responsabilité de l'État.

2002 SCC 84 (CanLII)

The absence of a direct, positive action by the state may appear to create particular problems of causation. Of course, state accountability in this context cannot be conceived of along the same lines of causal responsibility as where there is affirmative state action that causally contributes to, and in some cases even determines, the infringement. By contrast, positive rights are violable by mere inaction on the part of the state. This may mean that one should not search for the same kind of causal nexus tying the state to the claimants' inability to exercise their fundamental freedoms. Such a nexus could only ever be established by pointing to some positive state action giving rise to the claimants' aggrieved condition. While this focus on state action is appropriate where one is considering the violation of a negative right, it imports a requirement that is inimical to the very idea of positive rights.

379 L'absence d'une mesure concrète et directe de l'État peut sembler créer certains problèmes en ce qui concerne la causalité. Il est évident que, dans le présent contexte, la responsabilité de l'État ne peut être considérée selon les paramètres ordinaires de responsabilité causale applicables lorsqu'il existe une mesure étatique concrète qui contribue causalement à l'atteinte ou même, dans certaines situations, constitue cette atteinte. À l'opposé, les droits positifs peuvent être violés par simple inaction de l'État. Cela peut vouloir dire qu'il ne faut pas rechercher le même type de lien de causalité rattachant l'État à l'incapacité des demandeurs d'exercer leurs libertés fondamentales. Un tel lien ne pourrait être établi qu'en trouvant une mesure étatique concrète ayant donné naissance au préjudice subi par les demandeurs. Bien qu'il soit approprié de s'attacher à déterminer l'existence ou non d'une mesure étatique lorsqu'on s'interroge sur la violation d'un droit négatif, une telle démarche a pour effet d'introduire une exigence incompatible avec la notion même de droits positifs.

Among the immediate implications of this is that the claimants in this case need not establish, in order to satisfy the third criterion, that the state can be held causally responsible for the socio-economic environment in which their s. 7 rights were threatened, nor do they need to establish that the government's inaction worsened their plight. Here, as in all claims asserting the infringement of a positive right, the focus is on whether the state is under an obligation of performance to alleviate the claimants' condition, and not on whether it can be held causally responsible for that condition in the first place.

380 Cette situation a notamment comme conséquence immédiate en l'espèce que, pour satisfaire au troisième critère, les demandeurs n'ont pas à prouver que l'État peut être tenu causalement responsable de l'environnement socio-économique dans lequel les droits que leur garantit l'art. 7 ont été menacés, ni d'ailleurs que l'inaction de l'État a aggravé leur sort. Dans la présente affaire, comme dans toute demande reprochant la violation d'un droit positif, il s'agit d'abord et avant tout de déterminer si l'État a l'obligation d'agir pour soulager la situation pénible des demandeurs et non pas s'il était à l'origine, sur le plan causal, de cette situation.

All of which indicates that government accountability in the context of claims of underinclusion is to be understood simply in terms of the existence of a positive state obligation to redress conditions for which the state may or may not be causally responsible. On this view, the third criterion serves the purpose of ensuring not only that government intervention is needed to secure the effective exercise of a claimant's fundamental rights or freedoms, but also that it is obligatory. This accords with much of the dicta in *Dunmore* explaining how it is

381 Tout cela indique que, dans le contexte d'une plainte de non-inclusion, la responsabilité de l'État dépend simplement de l'existence d'une obligation étatique positive de remédier à une situation dont il pourrait ou non être causalement responsable. Selon ce point de vue, le troisième critère fait en sorte que non seulement l'intervention de l'État est nécessaire pour garantir l'exercice effectif des libertés et droits fondamentaux du demandeur, mais également qu'elle a un caractère obligatoire. Ce point de vue s'accorde avec la plupart des observations

2002 SCC 84 (CanLII)

possible for government accountability to be established, not only by underinclusion that "orchestrates" or "encourages" the violation of fundamental freedoms, but also by underinclusion that "sustains" the violation (*Dunmore*, at para. 26). In conceiving of state accountability in terms of the breach of a positive duty of performance, it becomes possible for the first time to recognize how underinclusive legislation can violate a fundamental right by effectively turning a blind eye to, or sustaining, independently existing threats to that right.

formulées dans l'arrêt *Dunmore* et explique comment la responsabilité de l'État peut être établie non seulement lorsqu'une mesure non inclusive « orchestre » ou « encourage » la violation de libertés fondamentales, mais également lorsqu'une telle mesure « tolère » la violation (*Dunmore*, par. 26). En considérant que la responsabilité de l'État peut découler de la violation d'une obligation positive d'agir, il devient pour la première fois possible de reconnaître comment une mesure législative non inclusive peut contrevenir à un droit fondamental en faisant abstraction de menaces pesant de façon indépendante sur ce droit, en d'autres termes en les tolérant.

382 A focus on state obligation was also the driving force behind this Court's finding in *Dunmore* that the government could be held accountable for the violation of the claimants' s. 2(*d*) rights in that case. It led to the search for a "minimum of state action" (para. 28) that would bring the government within reach of the *Charter* by engaging s. 32. Ultimately, the minimum of state action was satisfied in *Dunmore* by the mere fact that the government had chosen to legislate over matters of association. In this Court's view, that choice triggered a state obligation that invoked *Charter* scrutiny and removed any possibility of the state claiming lack of responsibility for the violation of associational rights (at para. 29):

L'existence d'une obligation étatique a également constitué le principal fondement de la conclusion de la Cour, dans l'arrêt *Dunmore*, selon laquelle l'État pouvait dans cette affaire être tenu responsable de la violation des droits garantis aux demandeurs par l'al. 2*d*). La Cour s'est en conséquence demandé s'il existait un « minimum d'action gouvernementale » (par. 28) ayant pour effet d'assujettir le gouvernement à la *Charte* par application de l'art. 32. En définitive, dans l'arrêt *Dunmore*, l'exigence relative au minimum d'action gouvernementale était respectée du seul fait que le gouvernement avait choisi de légiférer en matière d'association. De l'avis de la Cour, cette décision avait créé pour l'État une obligation susceptible de contrôle au regard de la *Charte* et avait écarté toute possibilité que l'État plaide l'absence de responsabilité à l'égard de la violation des droits d'association (au par. 29) :

> Once the state has chosen to regulate a private relationship such as that between employer and employee . . . it is unduly formalistic to consign that relationship to a "private sphere" that is impervious to *Charter* review. As Dean P. W. Hogg has stated, "(t)he effect of the governmental action restriction is that there is a private realm in which people are not obliged to subscribe to 'state' values, and into which constitutional norms do not intrude. The boundaries of that realm are marked, not by an *a priori* definition of what is 'private', but by the absence of statutory or other governmental intervention" (see *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 34-27).

> Une fois que l'État a décidé de réglementer une relation d'ordre privé, comme celle entre employeur et employé, [. . .] il est trop formaliste d'assigner cette relation à un « domaine privé » qui échappe au contrôle fondé sur la *Charte*. Selon le doyen P. W. Hogg, [TRADUCTION] « l'effet de la restriction de l'action gouvernementale est qu'il existe un domaine privé à l'intérieur duquel les personnes ne sont pas obligées de souscrire aux valeurs de "l'État" et à l'intérieur duquel les normes constitutionnelles n'interviennent pas. Les limites de ce domaine sont établies non pas par une définition a priori de ce qui est "privé", mais par l'absence d'intervention gouvernementale, législative ou autre » (voir *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 34-27).

2002 SCC 84 (CanLII)

There can be no doubt that these dicta apply with equal force to the instant appeal.

Il ne fait aucun doute que ces remarques s'appliquent au présent pourvoi et produisent le même effet.

383 The *Social Aid Act* is quite clearly directed at addressing basic needs relating to the personal security and survival of indigent members of society. It is almost a cliché that the modern welfare state has developed in response to an obvious failure on the part of the free market economy to provide these basic needs for everyone. Were it necessary, this Court could take judicial notice of this fact in assessing the relevance of the *Social Aid Act* to the claimants' s. 7 rights. As it happens, any such necessity is mitigated by the fact that s. 6 of the Act explicitly sets out its objective: to provide supplemental aid to those who fall below a subsistence level.

383 La *Loi sur l'aide sociale* vise très clairement à répondre aux besoins essentiels des citoyens nécessiteux en matière de sécurité personnelle et de subsistance. C'est presque un lieu commun de dire que l'État providence moderne a vu le jour par suite de l'incapacité évidente du régime de la libre entreprise de pourvoir aux besoins essentiels de chacun. Si la chose était nécessaire, la Cour pourrait prendre connaissance d'office de ce fait dans l'appréciation de l'importance de la *Loi sur l'aide sociale* en ce qui concerne les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7. Il se trouve que ce besoin est atténué par le fait que l'art. 6 de la Loi énonce expressément l'objectif de celle-ci : fournir une aide complémentaire aux personnes dont les moyens de subsistance sont inférieurs à un niveau donné.

384 Additional support for the proposition that the *Social Aid Act* is directed at securing the interests that s. 7 of the *Charter* was meant to protect can be found in various statements made by the Quebec government in a policy paper that ultimately led to the reform of the social assistance regime in 1989, putting an end to the differential treatment between younger and older welfare recipients. This paper was published in 1987 by the government of Quebec, and signed by Pierre Paradis (the then Minister of Manpower and Income Security). It is entitled *Pour une politique de sécurité du revenu*. In it, the Quebec government unequivocally states that it [TRANSLATION] "recognizes its duty and obligation to provide for the essential needs of persons who are unable to work." It then goes on to state that it must [TRANSLATION] "resolutely tackle the deficiencies" of the social assistance programs, which, it admits, "remain barriers to the autonomy and emancipation of welfare recipients". On the same page, the government specifically identifies the difference in treatment between younger and older welfare recipients as such a deficiency, describing it as a [TRANSLATION] "problem".

384 Le bien-fondé de la proposition selon laquelle la *Loi sur l'aide sociale* vise à garantir les droits que l'art. 7 de la *Charte* est censé protéger est également étayé par diverses déclarations du gouvernement du Québec, qui sont consignées dans un énoncé de politique ayant abouti à la réforme du régime d'aide sociale en 1989, réforme qui a aboli la différence de traitement entre les jeunes bénéficiaires d'aide sociale et leurs aînés. Ce document, intitulé *Pour une politique de sécurité du revenu*, a été publié en 1987 par le gouvernement du Québec, sous la plume de M. Pierre Paradis (ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du Revenu à l'époque). Dans ce document, le gouvernement du Québec dit sans équivoque que « l'État se reconnaît le devoir et l'obligation de pourvoir aux besoins essentiels des personnes inaptes au travail ». Il poursuit en affirmant qu'« [i]l faut [. . .] s'attaquer résolument aux failles » des programmes d'aide sociale « qui [. . .] demeurent autant d'entraves à l'autonomie et à l'émancipation du bénéficiaire ». Dans la même page, le gouvernement dit expressément que la différence de traitement entre les jeunes bénéficiaires et leurs aînés fait partie des déficiences du régime, la qualifiant de « problème ».

2002 SCC 84 (CanLII)

385 At the very least, these statements indicate that the *Social Aid Act* constituted an excursion into regulating the field of interests that generally fall within the rubric of s. 7 of the *Charter*. Legislative intervention aimed at providing for essential needs touching on the personal security and survival of indigent members of society is sufficient to satisfy whatever "minimum state action" requirement might be necessary in order to engage s. 32 of the *Charter*. By enacting the *Social Aid Act*, the Quebec government triggered a state obligation to ensure that any differential treatment or underinclusion in the provision of these essential needs did not run afoul of the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, and in particular by s. 7. It failed to discharge this obligation. The evidence shows that the underinclusion of welfare recipients aged 18 to 29 under the *Social Aid Act* substantially impeded their ability to exercise their right to personal security (and potentially even their right to life). In the circumstances, I must conclude that this effective lack of government intervention constituted a violation of their s. 7 rights.

Ces déclarations indiquent à tout le moins que la *Loi sur l'aide sociale* constituait une incursion dans la réglementation de droits qui relèvent habituellement de l'art. 7 de la *Charte*. Une intervention législative destinée à pourvoir aux besoins essentiels des citoyens nécessiteux en matière de sécurité personnelle et de subsistance est suffisante pour satisfaire à toute condition d'application de l'art. 32 de la *Charte* qui requerrait l'existence d'un « minimum d'action gouvernementale ». En édictant la *Loi sur l'aide sociale*, le gouvernement du Québec a fait naître pour l'État l'obligation de s'assurer que toute différence de traitement ou non-inclusion concernant la prestation de ces services essentiels n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, tout particulièrement l'art. 7. Il ne s'est pas acquitté de cette obligation. La preuve démontre que la non-inclusion, dans la *Loi sur l'aide sociale*, des bénéficiaires d'aide sociale âgés de 18 à 29 ans a porté sensiblement atteinte à leur capacité d'exercer leur droit à la sécurité de leur personne (et peut-être même leur droit à la vie). Dans les circonstances, il me faut conclure que cette absence concrète d'intervention gouvernementale a constitué une violation des droits garantis par l'art. 7 à ces bénéficiaires.

IV. The Principles of Fundamental Justice

386 Under most circumstances, it would now be necessary to determine whether this *prima facie* violation of the appellant's s. 7 rights was "in accordance with the principles of fundamental justice". Such an inquiry appears to have no application to this case for two reasons. First, my analysis indicates that the protection of positive rights is most naturally grounded in the first clause of s. 7, which provides a free-standing right to life, liberty and security of the person and makes no mention of the principles of fundamental justice. Moreover, as Lamer J. observed in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503 "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system." But positive rights, by nature violable by mere inaction on the part of the state, do not bring the justice system into motion by empowering agents of the state to actively curtail

IV. Les principes de justice fondamentale

Dans la plupart des cas, il serait maintenant nécessaire de se demander si cette atteinte à première vue aux droits garantis par l'art. 7 à l'appelante a été portée « en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Cet examen ne semble pas requis en l'espèce, et ce pour deux raisons. Premièrement, mon analyse révèle que la protection des droits positifs découle naturellement de la première partie de l'art. 7, qui reconnaît à chacun un droit autonome à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, sans faire mention des principes de justice fondamentale. En outre, comme l'a souligné le juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire ». Cependant, les droits positifs — susceptibles de violation par simple inaction de l'État — ne

2002 SCC 84 (CanLII)

the life, liberty and security of the person of individuals. The source of a positive rights violation is in the legislative process, which is of course itself quite distinct from the "inherent domain of the judiciary" and "the justice system" as it has been traditionally conceived. Indeed, the kinds of considerations that would serve to justify the decision to enact one form of protective legislation over another "lie in the realm of . . . public policy", which this Court has specifically divorced from the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice therefore have little relevance in the present circumstances, which invoke the inherent domain of the legislature and not that of the justice system.

In view of this, any limitation that might be placed on the s. 7 right asserted in this case — if not in all cases where it is a positive right that is asserted — must be found, not in the principles of fundamental justice, but in the reasonable limits prescribed by law that can be justified in a free and democratic society. Accordingly, it is to s. 1 that we must turn.

V. Section 1 of the *Charter*

As is apparent from the above, there is an onerous burden placed on claimants who seek to establish a positive right violation under s. 7 of the *Charter*. Apart from the justiciability concern — which, though not an issue in this case, may at times present a significant obstacle in the way of finding such a violation — claimants are faced with the unenviable task of providing a sound evidentiary basis for the conclusion that their s. 7 rights are rendered essentially meaningless without active government intervention.

The difficulty faced by claimants in this regard is partially justified by the fact that, once a violation of s. 7 has been established and there is a shift in

font pas entrer en jeu le système judiciaire en habilitant des agents de l'État à restreindre activement les droits de certains individus à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne. La violation de droits positifs découle du processus législatif, lui-même évidemment très distinct « du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire » et du « système judiciaire » selon la conception traditionnelle de ces notions. De fait, les diverses considérations invoquées pour justifier la décision d'édicter une loi protectrice d'un certain type plutôt que d'un autre « relèvent [. . .] du domaine de l'ordre public », domaine que la Cour a expressément distingué des principes de justice fondamentale. Ces principes ont en conséquence peu de pertinence dans les présentes circonstances, qui sont l'apanage du législateur et non du système judiciaire.

387 Compte tenu de ce qui précède, la validité de toute limite susceptible de restreindre le droit garanti par l'art. 7 qui est revendiqué dans la présente affaire — voire dans toutes celles où un droit positif est invoqué — doit être appréciée au regard non pas des principes de justice fondamentale, mais plutôt de la question de savoir s'il s'agit d'une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En conséquence, nous allons procéder à l'examen fondé sur l'article premier.

V. L'article premier de la *Charte*

388 Il ressort clairement de ce qui précède qu'une lourde tâche attend les demandeurs qui tentent d'établir, au regard de l'art. 7 de la *Charte*, la violation d'un droit positif. Indépendamment de la question de la justiciabilité — qui, bien qu'elle ne se pose pas en l'espèce, peut à l'occasion constituer un obstacle important à la conclusion qu'il existe une telle violation —, les demandeurs ont la tâche peu enviable d'apporter des éléments de preuve suffisamment solides pour permettre au tribunal de conclure que les droits que leur garantit l'art. 7 sont essentiellement ineffectifs sans intervention active de l'État.

389 La difficulté à laquelle se heurte les demandeurs à cet égard s'explique en partie par le fait que le gouvernement doit s'acquitter d'une tâche aussi lourde

2002 SCC 84 (CanLII)

the burden of showing that the violation is demonstrably justified as a reasonable limit prescribed by law, a similarly onerous task awaits the government. Lamer C.J.'s comments in *G. (J.)*, *supra*, at para. 99, indicate why this must be so:

> Section 7 violations are not easily saved by s. 1. . . .This is so for two reasons. First, the rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are very significant and cannot ordinarily be overridden by competing social interests. Second, rarely will a violation of the principles of fundamental justice . . . be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

Of course, only the first of these two rationales applies to the case at bar. Since there is no need to find that the violation of a positive right under s. 7 accords with the principles of fundamental justice, the second rationale does not come into play. To that extent, the violation of such a right may be somewhat easier to justify under s. 1. Still, the rights enshrined in s. 7, whether positive or negative, are of sufficient importance that they "cannot ordinarily be overridden by competing social interests".

390 There are, in addition, more general constraints on s. 1 justification discussed above, such that a limitation on *Charter* rights under that section will only be justified where it furthers the values at which the rights are themselves directed. These constraints magnify the difficulty of the government's task in showing that the impugned violation is justified.

391 In this case, the legislated differential treatment, or underinclusion, is purportedly directed at: (1) preventing the attraction of young adults to social assistance; and (2) facilitating their integration into the workforce by encouraging participation in the employment programs. Insofar as either of these "double objectives" is understood as being

dès qu'une violation de l'art. 7 a été établie et qu'il y a déplacement de la charge de la preuve obligeant l'État à montrer qu'il s'agit d'une violation dont la justification peut se démontrer en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit. Les commentaires suivants du juge en chef Lamer dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, par. 99, indiquent pourquoi il doit en être ainsi :

> Il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier [. . .] Deux raisons expliquent ceci. D'abord, les intérêts protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — revêtent une grande importance et généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale [. . .] sera rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il va de soi que seule la première de ces deux raisons s'applique en l'espèce. Comme il n'est pas nécessaire de décider si la violation d'un droit positif garanti par l'art. 7 est conforme aux principes de justice fondamentale, la deuxième raison n'entre pas en jeu. Dans cette mesure la violation d'un tel droit pourrait être un peu plus facile à justifier au regard de l'article premier. Néanmoins, les droits consacrés à l'art. 7 — qu'il s'agisse de droits positifs ou de droits négatifs — sont à ce point importants que, « généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux ».

De plus, comme on l'a vu précédemment, des contraintes plus générales s'appliquent à la justification requise par l'article premier, de sorte que, suivant cette disposition, la limitation de droits garantis par la *Charte* ne sera justifiée que si elle sert les valeurs qui sous-tendent ces droits. Ces contraintes accentuent la difficulté à laquelle se heurte le gouvernement lorsqu'il doit justifier la violation contestée.

En l'occurrence, la différence de traitement — ou non-inclusion — prévue par la loi est censée : (1) prévenir l'effet d'attraction du régime d'aide sociale sur les jeunes adultes; (2) favoriser l'intégration de ces derniers dans la population active en encourageant leur participation aux programmes d'emploi. Dans la mesure où l'un ou l'autre de ces « deux

2002 SCC 84 (CanLII)

principally driven by cost considerations, it would fail (barring cases of prohibitive cost) to be pressing and substantial. However, it is possible to frame these objectives in such a way as to ensure that they are properly adapted to the justificatory analysis under s. 1 by focusing instead on their long-term tendency to promote the liberty and inherent dignity of young people. Thus framed, they might indeed satisfy the "pressing and substantial objective" requirement under *Oakes*.

The problem, in my view, is that subsequent stages of the *Oakes* analysis raise doubts concerning the appropriateness of framing the objectives in this manner. For example, it is difficult to accept that denial of the basic means of subsistence is rationally connected to values of promoting the long-term liberty and inherent dignity of young adults. Indeed, the long-term importance of continuing education and integration into the workforce is undermined where those at whom such "help" is directed cannot meet their basic short-term subsistence requirements. Without the ability to secure the immediate needs of the present, the future is little more than a far-off possibility, remote both in perception and in reality. We have already seen, for example, how the inability to afford a telephone, suitable clothes and transportation makes job hunting difficult if not impossible. More drastically, inadequate food and shelter interfere with the capacity both for learning as well as for work itself. There appears, therefore, to be little rational connection between the objectives, as tentatively framed, and the means adopted in pursuit of those objectives.

Moreover, I agree with Bastarache J.'s finding that those means were not minimally impairing in a number of ways: (1) not all of the programs provided participants with a full top-up to the basic level; (2) there were temporal gaps in the availability of the various programs to willing participants; (3) some of the most needy welfare recipients — the illiterate and severely undereducated — could not participate

objectifs » serait inspiré par des considérations financières, il ne serait pas (sauf en cas de dépenses faramineuses) urgent et réel. Cependant, il est possible de formuler ces objectifs de façon à les adapter à l'analyse justificative faite en vertu de l'article premier, en mettant plutôt l'accent sur le fait qu'ils tendent à favoriser à long terme la liberté et la dignité inhérente des jeunes. Ainsi formulés, ces objectifs pourraient en effet satisfaire à la condition requérant l'existence d'un « objectif urgent et réel » que prévoit le critère élaboré dans l'arrêt *Oakes*.

392 À mon avis, le problème est que l'application des étapes subséquentes de l'analyse prévue par l'arrêt *Oakes* soulève des doutes quant à l'opportunité de formuler les objectifs de cette manière. Par exemple, il est difficile d'accepter que la négation des moyens élémentaires de subsistance puisse avoir un lien rationnel avec les valeurs qu'on tend à favoriser, à savoir la liberté et la dignité inhérente des jeunes adultes à long terme. De fait, la valeur à long terme de la formation permanente et de l'intégration dans la population active est compromise lorsque ceux à qui « l'aide » s'adresse sont incapables de pourvoir à leurs besoins essentiels à court terme. Pour les personnes incapables de subvenir à leurs besoins immédiats, le futur ne représente tout au plus qu'une distante possibilité, autant dans leur esprit que dans leur réalité. Par exemple, nous avons vu plus tôt comment l'incapacité de se payer le téléphone, des vêtements convenables et des déplacements rendait difficile, sinon impossible, la recherche d'un emploi. Facteur plus grave encore, le fait d'être privé d'une alimentation et d'un logement convenables affectent autant la capacité d'apprendre que celle de travailler. Par conséquent, il ne semble pas y avoir de lien vraiment rationnel entre les objectifs, tels qu'ils ont été proposés, et les moyens adoptés pour les réaliser.

393 En outre, à l'instar du juge Bastarache, j'estime que l'atteinte causée par ces moyens n'était pas minimale, et ce pour plusieurs raisons : (1) ce ne sont pas tous les programmes qui permettaient aux participants de hausser leurs prestations au niveau de la prestation de base; (2) il y avait des périodes d'attente entre les programmes offerts aux participants intéressés; (3) certains des prestataires les plus

2002 SCC 84 (CanLII)

in certain programs; (4) only 30 000 program places were made available in spite of the fact that 85 000 single young adults were on social assistance at the time. As my colleague points out, this last factor in particular "brings into question the degree to which the distinction in s. 29(*a*) was geared towards improving the [long-term] situation of those under 30, as opposed to simply saving money" (para. 283). Thus, at the minimal impairment stage of the *Oakes* test, there is additional cause for doubting whether the legislated distinction at issue can be properly characterized as being directed at furthering the long-term liberty and dignity of the claimants.

394 This is sufficient, in my view, to establish that the government has not in this case discharged the always heavy burden of justifying a *prima facie* violation of s. 7 under s. 1. I note in passing that it will be a rare case indeed in which the government can successfully claim that the deleterious effects of denying welfare recipients their most basic requirements are proportional to the salutary effects of doing so in contemplation of long-term benefits, for reasons that are largely encompassed by my discussion of rational connection. This is not that rare case. For this reason among others, I find that the violation of the claimants' right to life, liberty and security of the person is not saved by s. 1.

VI. Section 15(1) of the *Charter*

395 Having found a violation of s. 7 of the *Charter*, it is not strictly necessary for me to determine whether the impugned provisions also violate s. 15(1). I am, however, in general agreement with my colleague Bastarache J.'s analysis and conclusions on that issue. As he does, I would find that the impugned provision of the regulations under the *Social Aid Act* infringes s. 15 of the *Charter* and that the infringement is not saved by s. 1. The infringement

nécessiteux — les analphabètes et les personnes gravement sous-scolarisées — ne pouvaient participer à certains programmes; (4) ces programmes ne comptaient que 30 000 places, alors qu'on dénombrait à l'époque pertinente 85 000 personnes seules de moins de 30 ans recevant de l'aide sociale. Comme le souligne mon collègue, ce dernier facteur en particulier « incite à se demander dans quelle mesure la distinction prévue à l'al. 29*a*) visait vraiment à améliorer la situation des personnes de moins de 30 ans, et non pas simplement à réaliser des économies » (par. 283). Par conséquent, à l'étape de l'atteinte minimale de l'analyse prévue par le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, il existe des raisons supplémentaires de se demander s'il est justifié d'affirmer que la distinction litigieuse établie par le texte de loi tendait à favoriser la liberté et la dignité à long terme des demandeurs.

À mon avis, cela suffit pour établir que, en l'espèce, le gouvernement ne s'est pas acquitté de la tâche, par ailleurs toujours lourde, de justifier une violation à première vue de l'art. 7 au regard de l'article premier. En passant, je tiens à signaler que, pour des raisons que j'ai en grande partie exposées dans mon analyse de la question du lien rationnel, il arrivera d'ailleurs rarement que le gouvernement pourra plaider avec succès que les effets préjudiciables du fait de refuser aux bénéficiaires d'aide sociale leurs besoins les plus élémentaires sont proportionnés aux effets bénéfiques à long terme d'une telle mesure. Nous ne sommes pas en présence d'un de ces rares cas. Notamment pour cette raison, je conclus que la violation du droit des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

VI. Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Ayant conclu à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, je n'ai pas à me demander si les dispositions attaquées contreviennent également au par. 15(1). Je suis toutefois généralement en accord avec l'analyse et les conclusions de mon collègue le juge Bastarache sur la question. Tout comme lui, j'estime que la disposition contestée du règlement d'application de la *Loi sur l'aide sociale* viole l'art. 15 de la *Charte* et que cette violation n'est pas justifiée

2002 SCC 84 (CanLII)

cannot be saved by s. 1 for substantially the same reasons discussed above in relation to the s. 7 violation.

au regard de l'article premier, et ce essentiellement pour les raisons exposées précédemment à l'égard de la violation de l'art. 7.

VII. Section 45 of the Quebec *Charter*

VII. L'article 45 de la *Charte* québécoise

I also agree with my colleague Bastarache J. that s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, establishes a positive right to a minimal standard of living but that this right cannot be enforced under ss. 52 or 49 in the circumstances of this case. Indeed, s. 45 falls outside the expressly defined ambit of s. 52; it is consequently of no assistance to the appellant. Moreover, since there is no question of wrongful conduct or negligence on the part of the legislature, s. 49 cannot be resorted to either. The right that is provided for in s. 45, while not enforceable here, stands nevertheless as a strong political and moral benchmark in Quebec society and a reminder of the most fundamental requirements of that province's social compact. In that sense, its symbolic and political force cannot be underestimated.

396 À l'instar de mon collègue le juge Bastarache, j'estime que l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés du Québec*, L.R.Q., ch. C-12, établit un droit positif à un niveau de vie minimal, mais que le respect de ce droit ne peut être imposé en vertu des art. 52 ou 49 dans les circonstances du présent pourvoi. De fait, comme l'art. 45 se trouve hors du champ d'application par ailleurs expressément défini de l'art. 52, il n'est en conséquence d'aucune utilité à l'appelante. Qui plus est, puisqu'il n'est aucunement question de conduite fautive ou de négligence de la part du législateur, l'art. 49 ne peut pas lui non plus être invoqué. Quoique le respect du droit prévu à l'art. 45 ne puisse être imposé en l'espèce, ce droit constitue néanmoins un bon point de référence politique et moral dans la société québécoise, ainsi qu'un rappel des exigences les plus fondamentales du contrat social entre la province et ses citoyens. En ce sens, on ne saurait sous-estimer sa valeur symbolique et politique.

2002 SCC 84 (CanLII)

VIII. Damages

VIII. Dommages-intérêts

Finally, I am in substantial agreement with the analysis of my colleague Bastarache J. with regard to remedy. Were the impugned provision of the Regulation still in force, I would have declared it unconstitutional pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* as it violates the fundamental right to security of the person guaranteed under s. 7 of the *Charter*. I would have also ordered that the declaration of invalidity be suspended for a sufficient period of time to give the government an adequate opportunity to correct the legislation. However, the impugned social assistance regime having been repealed, this point is now moot.

397 Enfin, je souscris pour l'essentiel à l'analyse de mon collègue le juge Bastarache sur la question de la réparation. Si la disposition réglementaire contestée était encore en vigueur, je l'aurais déclarée inconstitutionnelle en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au motif qu'elle porte atteinte au droit fondamental de chacun à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. J'aurais également ordonné la suspension de cette déclaration d'invalidité pendant un délai suffisant pour permettre au gouvernement de modifier le texte de loi. Cependant, vu l'abrogation du régime d'aide sociale contesté, la question est maintenant devenue théorique.

The appellant also seeks monetary compensation for herself and for the members of her class. For the reasons invoked by Bastarache J., I too find this case ill-suited for the concomitant application of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and s. 24 of the *Charter*.

398 L'appelante demande également une indemnité pécuniaire pour elle-même et pour les membres du groupe dont elle fait partie. Pour les motifs exposés par le juge Bastarache, j'estime moi aussi que le présent pourvoi se prête mal à l'application

I wish to note however that the financial impact of an hypothetical award on the province of Quebec would probably be less of a burden than surmised by my colleague. Indeed, the various remedial programs that failed to address the appellant's needs in this case were *Charter* proof until April 1989, protected as they were by a notwithstanding clause in their enabling statute (S.Q. 1984, c. 5, s. 4). This means that the programs' role in the *Charter* violation in this case could only be assessed within a 4-month window, representing the time between the expiry of the notwithstanding clause and the repeal of the impugned legislation.

399 Even though this affects the extent of the violation, it has no impact in my view on the usefulness of the whole of the evidence presented in this case as to the existence of the right and the nature of the infringement. The fact that *An Act to amend the Social Aid Act*, S.Q. 1984, c. 5, and the programs it enacted were shielded from the *Charter* until April 1989 is a matter that goes to the scope or extent of the breach. It does not change the fact that a breach occurred.

IX. Conclusion

400 For these reasons, I would allow the appeal and I would answer the stated constitutional questions as follows:

1. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it established a discriminatory distinction based on age with respect to individuals, capable of working, aged 18 to 30 years?

Yes.

2. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

concomitante de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 24 de la *Charte*. Toutefois, je tiens à souligner que les répercussions financières d'une hypothétique condamnation de la province de Québec à des dommages-intérêts seraient probablement moins importantes que le présume mon collègue. En effet, les divers programmes correctifs qui n'ont pas su répondre aux besoins de l'appelante en l'espèce étaient soustraits à l'application de la *Charte* jusqu'en avril 1989, étant protégés par une disposition d'exemption dans la loi autorisant leur création (L.Q. 1984, ch. 5, art. 4). Cela signifie que l'évaluation du rôle des programmes dans la violation de la *Charte* ne pourrait porter que sur une période de quatre mois, c'est-à-dire le temps écoulé entre l'expiration de la disposition d'exemption et l'abrogation de la mesure législative contestée.

Bien que ce fait ait une incidence sur l'étendue de la violation, il n'a selon moi aucun effet sur l'utilité de l'ensemble des éléments de preuve présentés en l'espèce relativement à l'existence du droit invoqué et à la nature de la violation. Le fait que la *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale*, L.Q. 1984, ch. 5, et les programmes établis sous son régime aient été soustraits à l'application de la *Charte* jusqu'en avril 1989 concerne l'ampleur ou l'étendue de la violation, mais ne change par ailleurs rien au fait qu'il s'est produit une violation.

IX. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles qui ont été formulées :

1. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il établissait une distinction discriminatoire fondée sur l'âge relativement aux personnes seules, aptes au travail, âgées de 18 à 30 ans?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2002 SCC 84 (CanLII)

3. Did s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, adopted under the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprived those to whom it applied of their right to security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

Yes, the section infringed s. 7 by denying those to whom it applied of their right to security of the person.

4. If so, is the infringement justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

English version of the reasons delivered by

LeBel J. (dissenting) —

I. Introduction

I have read with interest the opinion of my colleague Justice Bastarache. I am in overall agreement with his reasons concerning the application of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*") and I concur in the disposition he proposes. However, while I acknowledge that the appellant was unable to establish a violation of s. 7 of the *Canadian Charter*, I am unable, with respect, to agree with the interpretation and application he suggests. Finally, in the discussion of s. 45 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), I believe that certain unique aspects of the *Quebec Charter*, and the nature of the economic rights that it protects, merit a few additional comments.

II. Section 15 of the *Canadian Charter*

It is not disputed in this case that s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid*, R.R.Q. 1981, c. A-16, r. 1, establishes a formal distinction between the appellant (and members of her group) and other social aid recipients based on a personal characteristic, namely age. The appeal essentially relates

3. Le paragraphe 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, adopté en vertu de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, violait-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il portait atteinte au droit à la sécurité des personnes qu'il visait, et ce d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale?

Oui, la disposition en question violait l'art. 7 en refusant aux personnes qu'elle visait le droit à la sécurité de leur personne.

4. Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

Le juge LeBel (dissident) —

I. Introduction

401 J'ai lu avec intérêt l'opinion de mon collègue le juge Bastarache. Je souscris de façon générale à ses motifs sur l'application de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et je suis d'accord avec le dispositif qu'il propose. Par ailleurs, bien que je reconnaisse que l'appelante n'a pu établir une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, avec égards, je ne peux cependant me rallier à l'interprétation et à l'application qu'il en suggère. Enfin, à l'occasion de la discussion de l'art. 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), je crois utile d'ajouter quelques commentaires sur le particularisme de certains aspects de la *Charte québécoise* et d'examiner la nature des droits économiques qu'elle protège.

II. L'article 15 de la *Charte canadienne*

402 Il n'est pas contesté dans la présente affaire que l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale*, R.R.Q. 1981, ch. A-16, r. 1, établit une distinction formelle entre l'appelante (et les membres de son groupe) et les autres bénéficiaires d'aide sociale sur la base d'une caractéristique personnelle, soit l'âge. Le

2002 SCC 84 (CanLII)

to the third element in the analysis under s. 15 of the *Canadian Charter*, which involves determining whether the distinction in issue is discriminatory. For the reasons given by my colleague Bastarache J., and for the following reasons, I am of the opinion that s. 29(*a*), when taken in isolation or considered in light of all employability programs, discriminates against recipients under 30 years of age.

pourvoi porte essentiellement sur le troisième volet de l'analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte canadienne* qui consiste à rechercher si la distinction en cause est discriminatoire. Pour les raisons exposées par mon collègue le juge Bastarache et les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'al. 29*a*), pris isolément ou considéré à la lumière de l'ensemble des programmes d'employabilité, est discriminatoire à l'endroit des bénéficiaires de moins de 30 ans.

403 Differential treatment becomes discriminatory when it violates the human dignity and freedom of the individual. This will be the case where the differential treatment reflects a stereotypical application of presumed personal or group characteristics, or where it perpetuates or promotes the view that the individual concerned is less capable or less worthy of respect and recognition as a human being or as a member of Canadian society.

Une différence de traitement devient discriminatoire lorsqu'elle porte atteinte à la dignité et à la liberté humaine de l'individu. Il en est ainsi lorsque la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne.

404 It should first be noted that in this case, the distinction was based on a ground expressly enumerated in s. 15(1) of the *Canadian Charter*. In such circumstances, it is much easier to conclude that the distinction violates the innate dignity of the individual, as Iacobucci J. held in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. However, when compared to the other enumerated or analogous grounds, age is unique in that a distinction based on age may, in some cases, reflect the needs and abilities of individuals. In *Law*, for example, the Supreme Court upheld a distinction based on age in the Canada Pension Plan (CPP) on the ground that the distinction was not discriminatory. The CPP provided that a person must have reached the age of 35 in order to receive surviving spouse benefits. This Court reached that conclusion because the distinction based on age is justified by the actual (not stereotypical) capacity of individuals under the age of 35 to support themselves in the long term.

Tout d'abord, il convient de souligner qu'en l'espèce, la distinction se fonde sur un motif expressément énuméré au par. 15(1) de la *Charte canadienne*. Dans de telles circonstances, il est beaucoup plus facile de conclure que la distinction porte atteinte à la dignité essentielle de l'individu, comme l'affirme d'ailleurs le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Toutefois, comparativement aux autres motifs énumérés ou analogues, l'âge est particulier en ce sens qu'une distinction fondée sur l'âge peut dans certains cas correspondre aux besoins et aux capacités des individus. Dans l'affaire *Law*, par exemple, la Cour suprême a validé une distinction fondée sur l'âge prévue au Régime de pensions du Canada (RPC) au motif qu'elle n'était pas discriminatoire. Le RPC fixait un âge minimum de 35 ans pour toucher des prestations de conjoint survivant. La Cour estimait que la distinction fondée sur l'âge était justifiée par la capacité réelle (et non stéréotypée) des individus de moins de 35 ans de mieux subvenir à leurs besoins à long terme.

405 In this case, the distinction based on age, unlike the distinction at issue in *Law*, does not reflect either the needs or the abilities of social aid recipients

En l'espèce, contrairement à la distinction en cause dans l'affaire *Law*, la distinction fondée sur l'âge ne correspond ni aux besoins ni aux capacités

2002 SCC 84 (CanLII)

under 30 years of age. The ordinary needs of young people are not so different from the needs of their elders as to justify such a pronounced discrepancy between the two groups' benefits. As well, young people are no more able to find or keep a job during an economic slowdown than are their elders. In fact, young people are the first to feel the impact of an economic crisis on the labour market. Because they have little experience or seniority, they are at the top of the list for termination and lay-off (see the report by Louis Ascah, *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec: un regard économique* (1988)). Also, because the distinction made by the social aid scheme was justified by the fact that young people are able to survive a period of economic crisis better, I, like Bastarache J., am of the opinion that this distinction perpetuated a stereotypical view of young people's situation on the labour market.

My colleague McLachlin C.J. says that the Quebec government was under no illusions as to the ability of young people to keep a job in a period of economic crisis. In her view, the Quebec government knew perfectly well that they would be the first to suffer the negative effects of the difficulties in the economy. This was in fact the reason why the government created the employability programs, which were designed to make up for lack of training or experience. Those programs assisted young people to re-enter the labour market, while counteracting the negative effects on vocational development of prolonged periods out of the productive workforce.

I am prepared to concede that the Quebec government knew that young people are particularly vulnerable during an economic slowdown. As well, I readily acknowledge that the government sincerely believed that it was helping young people by making the payment of full benefits conditional on participation in an employability program. Nonetheless, the distinction made by the social aid scheme did not reflect the needs of young social assistance recipients under the age of 30. By trying to combat the pull of social assistance, for the "good" of the young

des bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans. Les besoins ordinaires des jeunes ne se différencient pas de ceux de leurs aînés au point de justifier un écart si prononcé entre leurs prestations. De même, la capacité des jeunes à se trouver ou à conserver un emploi en période de ralentissement économique n'est pas supérieure à celle de leurs aînés. Au contraire, les jeunes sont les premiers à subir les contrecoups d'une crise économique sur le marché de l'emploi. En raison de leur peu d'expérience ou d'ancienneté, ils se retrouvent en tête des listes de licenciements et de mises à pied (voir le rapport d'expertise de Louis Ascah, *La discrimination contre les moins de trente ans à l'aide sociale du Québec : un regard économique* (1988)). Aussi, dans la mesure où la distinction établie par le régime d'aide sociale était justifiée par la capacité des jeunes à mieux survivre une période de crise économique, je suis d'avis, à l'instar du juge Bastarache, que cette distinction perpétuait une vision stéréotypée de la situation des jeunes sur le marché du travail.

406 Ma collègue, le juge en chef McLachlin, affirme que le gouvernement québécois n'entretenait pas d'illusions quant à l'aptitude des jeunes à conserver un emploi en période de crise économique. Selon elle, le gouvernement québécois savait pertinemment qu'ils étaient les premiers à subir les chocs provoqués par les difficultés de l'économie. C'est d'ailleurs pour cette raison que le gouvernement a mis sur pied les programmes d'employabilité. Destinés à combler le manque de formation ou d'expérience, ces programmes visaient à aider les jeunes à se réinsérer dans le marché du travail tout en contrant les effets pervers d'une inactivité prolongée sur le développement professionnel.

407 Je suis prêt à concéder que le gouvernement québécois connaissait la vulnérabilité particulière des jeunes en période de ralentissement économique. Je reconnais d'emblée, par ailleurs, que le gouvernement croyait sincèrement aider les jeunes en conditionnant le versement d'une pleine prestation à la participation à un programme d'employabilité. Néanmoins, la distinction établie par le régime d'aide sociale ne correspondait pas aux besoins des jeunes assistés sociaux de moins de 30 ans. En cherchant à contrer l'effet d'attraction de l'aide sociale

2002 SCC 84 (CanLII)

people themselves who depended on it, the distinction perpetuated the stereotypical view that a majority of young social assistance recipients choose to freeload off society permanently and have no desire to get out of that comfortable situation. There is no basis for that vision of young social assistance recipients as "parasites". It has been disproved by numerous experts. For instance, in a 1986 study prepared for the Quebec government's Commission consultative sur le travail (*Les jeunes et le marché du travail* (1986)), Professor Gilles Guérin wrote, *inter alia* (at p. 65):

> [TRANSLATION] An estimated proportion of 91% of young people (counting only those capable of working) perceive their situation on social aid as temporary and have a fierce desire to work, to have a "real" job, to collect a "real" wage, and to acquire socio-economic autonomy. An IQOP study shows that young people value being productive workers, that it is preferable in their eyes to hold a job, even one that does not interest them, than to be unemployed. The myth of the young social assistance recipient who is capable of working and is happy with social assistance is therefore completely false; work is what is most highly valued by the people around them, their friends and family and their neighbours, and by the young people themselves. [Emphasis added.]

408 As well, in *Le plein emploi: pourquoi?* (1983), L. Poulin Simon and D. Bellemare found that where income was equal, a majority of people in Quebec preferred work to unemployment. While the authors made no absolute statements, they came to substantially the same conclusions with respect to those statistics (at p. 66):

> [TRANSLATION] These results add to the doubt there might be as to the strictly utilitarian economic hypothesis that predicts that where income is equal, workers generally prefer not working to working. In our opinion, that hypothesis derives from a medieval view of economic reality, where work was a degrading activity with no intrinsic value; the serfs worked while the lords were content to amuse themselves. In an advanced industrial economy, the reality of work would seem to be quite a different matter.

409 Young social assistance recipients in the 1980s certainly did not latch onto social assistance out of laziness; they were stuck receiving welfare because there were no jobs available. Economists who

pour le « bien » même des jeunes qui en dépendaient, la distinction perpétuait une vision stéréotypée selon laquelle la plupart des jeunes assistés sociaux choisissent de vivre de façon permanente aux crochets de la société sans désir aucun de quitter cette situation fort confortable. Or, cette conception du jeune assisté social comme « individu-parasite » est sans fondement. Elle est démentie par plusieurs experts. Ainsi, dans une étude préparée en 1986 pour la Commission consultative sur le travail du gouvernement du Québec (*Les jeunes et le marché du travail* (1986)), le professeur Gilles Guérin écrivait entre autres (à la p. 65) :

> Dans une proportion estimée à 91% (des aptes au travail uniquement), [l]es jeunes perçoivent leur situation à l'aide sociale comme temporaire et ils désirent farouchement travailler, avoir un « vrai » emploi, toucher un « vrai » salaire et acquérir leur autonomie socio-économique. D'après une enquête IQOP, les jeunes valorisent tellement le fait d'être travailleur actif, qu'à leurs yeux il est préférable d'occuper un emploi, même sans intérêt, plutôt que d'être en chômage. Le mythe du jeune assisté social apte au travail qui se complaît à l'aide sociale est donc complètement faux; le travail est ce qui est le plus valorisé par leur entourage, leurs amis, leur famille, leurs voisins et par eux-mêmes. [Je souligne.]

De même, dans leur ouvrage, *Le plein emploi : pourquoi?* (1983), les auteures L. Poulin Simon et D. Bellemare constatent qu'à revenu égal, une majorité de Québécois préfèrent le travail au chômage. Sans être aussi catégoriques, elles formulent sensiblement les mêmes conclusions sur ces statistiques (à la p. 66) :

> Ces résultats renforcent les doutes qu'on peut entretenir à l'égard du postulat économique strictement utilitariste qui prédit qu'à revenu égal, les travailleurs préféreront généralement l'inactivité au travail. Ce postulat découle, à notre avis, d'une vision médiévale de la réalité économique où le travail était une activité avilissante et sans valeur intrinsèque; les serfs travaillaient tandis que les seigneurs se complaisaient dans des activités de loisir. Dans une économie industrielle avancée, la réalité du travail apparaît tout à fait différente.

Loin de se cramponner à l'aide sociale par paresse, les jeunes assistés sociaux des années 80 sont demeurés tributaires de l'aide sociale faute d'emplois disponibles. Les économistes qui ont

2002 SCC 84 (CanLII)

studied the labour market during that period unanimously recognize the gradual but universal shrinkage in the number of jobs in the economy since 1966 (and especially since 1974) as the primary factor in the meteoric rise in the unemployment rate among young people. For instance, in his report "Le chômage des jeunes au Québec: aggravation et concentration (1966-1982)" (1984), 39 *Relations Industrielles* 419, the economist Pierre Fortin attributed three quarters of the rise in the average unemployment rate among all young people, from 6 percent to 23 percent, since 1966 to the general deterioration of the economy, together with young people's much greater vulnerability to any slowdown in overall employment prospects. In his view, the extreme sensitivity of the youth unemployment rate to general conditions in the economy confirms that a very large majority of young people want to work and are capable of doing productive work when there are jobs for them. Accordingly, the real solution to the youth unemployment rate, he says, lies in a full employment policy for all workers, and not a simple employment incentive mechanism incorporated as part of social assistance programs.

Obviously, it is too easy to pass harsh judgment on the actions of a government after the fact. I certainly do not intend to dispute the appropriateness of offering incentives to work that may legitimately be the subject of a political debate. However, even if the Quebec government could validly encourage young people to work, the approach adopted discriminates between social aid recipients under 30 years of age and those who are 30 years of age and over, for no valid reason, and perpetuates the prejudiced notion that the former tend to be happy being dependent on the state, even though they are better able to make a go of things than their elders during periods of economic slowdown. With due respect for the opinion of the Chief Justice, I do not believe that the only way for the Quebec government to secure participation in those programs was to make the payment of full benefits conditional on participation in an employability program. There is nothing in the evidence that establishes that the people who did participate in the programs would not have participated without a financial incentive, nor is there anything from which that can be assumed. In my view, the

étudié le marché du travail à cette époque reconnaissent unanimement la raréfaction progressive, mais généralisée, des emplois dans l'économie depuis 1966 (et surtout depuis 1974) comme facteur premier de l'aggravation foudroyante du taux de chômage des jeunes. Ainsi, dans son rapport d'expertise « Le chômage des jeunes au Québec : aggravation et concentration (1966-1982) » (1984), 39 *Relations Industrielles* 419, l'économiste Pierre Fortin attribue les trois quarts de l'augmentation de 6 à 23 p. 100 du taux de chômage moyen de l'ensemble des jeunes depuis 1966 à la détérioration générale de l'économie, alliée à la vulnérabilité beaucoup plus forte des jeunes à tout relâchement des perspectives globales de l'emploi. Selon lui, cette vive sensibilité du taux de chômage des jeunes aux conditions générales de l'économie confirme que la très grande majorité des jeunes veulent travailler et sont capables de travail productif lorsque des emplois sont disponibles. En conséquence, la véritable solution au taux de chômage des jeunes serait une politique de plein emploi pour tous les travailleurs et non un simple mécanisme d'incitation au travail, dans le cadre de programmes d'aide sociale.

410 Évidemment, il serait trop facile après coup de porter des jugements sévères sur les mesures prises par un gouvernement. Je n'entends certes pas contester la pertinence d'incitations au travail dont la nature peut faire légitimement l'objet d'un débat politique. Toutefois, même si le gouvernement québécois pouvait valablement chercher à inciter les jeunes au travail, la solution retenue discriminait sans motif valable entre les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans et ceux de 30 ans et plus, tout en perpétuant le préjugé que les premiers tendent à se complaire dans un état de dépendance envers l'État, bien qu'ils se tirent mieux d'affaire que leurs aînés en période de ralentissement économique. Avec égards pour l'opinion du juge en chef McLachlin, je ne crois pas que le seul moyen pour le gouvernement québécois d'assurer la participation aux programmes était de rendre conditionnel le versement d'une pleine prestation à la participation à un programme d'employabilité. Rien dans la preuve ne démontre que les personnes qui ont participé aux programmes n'y auraient pas participé sans incitatif financier. Rien davantage ne permet de le présumer.

2002 SCC 84 (CanLII)

Quebec government could have achieved its objective of developing employability just as well without abandoning recipients under the age of 30 to these paltry benefits.

À mon avis, le gouvernement québécois aurait tout aussi bien pu atteindre son objectif de développer l'employabilité sans condamner à une prestation dérisoire les bénéficiaires de moins de 30 ans.

411 In addition to the underlying stereotypes, the social aid scheme has too many other defects that would be sufficient on their own to support a finding that s. 15 of the *Canadian Charter* was violated. My colleague Bastarache J. alluded to, *inter alia*, the restrictions placed on participation in employability programs. I will not repeat his comments, but I would like to add that the programs lasted for a maximum of 12 months. At the end of that time, recipients did not qualify for full benefits. They had to participate in an employability program again (and even several times) in order to avoid the harsh reality of reduced benefits. As well, if they were still unable to find a job, young social assistance recipients, even those who had participated in all the programs offered, would again receive the "small scale". In my view, once a recipient had participated in a program and made every effort to find a job, the scheme should have provided for payment of benefits equivalent to the benefits paid to recipients 30 years of age and over.

Par ailleurs, au-delà des stéréotypes qui le sous-tendent, le régime d'aide sociale comporte trop de déficiences qui constituent à elles seules une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Mon collègue le juge Bastarache fait allusion, notamment, aux restrictions qui affectaient la participation aux programmes d'employabilité. Il est inutile de répéter ses commentaires. Je désire cependant ajouter que les programmes étaient d'une durée maximale de 12 mois. Au terme de ces 12 mois, les bénéficiaires ne se qualifiaient pas pour une pleine prestation. Ils devaient participer à nouveau (et même plusieurs fois) à un programme d'employabilité pour échapper à la réduction de leurs prestations. Enfin, s'il ne trouvait pas d'emploi, le jeune assisté social, qui aurait pourtant participé à tous les programmes offerts, recevait à nouveau le « petit barème ». À mon avis, dès lors que le bénéficiaire avait participé à un programme et qu'il avait déployé tous les efforts pour se trouver un emploi, le régime aurait dû le rendre admissible au paiement d'une prestation équivalente à celle versée aux bénéficiaires de 30 ans et plus.

412 In addition to these inconsistencies in the system, the evidence shows that implementation of the programs was delayed by administrative constraints, and some recipients therefore had to wait several months before they were able to take part in an employability program. Louise Bourassa, director of workforce and income security programs, in fact acknowledged in her testimony that the Department had received complaints that some recipients were on waiting lists. It appears that between the time someone registered for a program and the time the program started, reduced benefits continued to be paid.

Outre ces incohérences du système, la preuve démontre que des contraintes administratives ont ralenti la mise en œuvre des programmes. En conséquence, plusieurs bénéficiaires ont dû attendre plusieurs mois avant de pouvoir prendre part à un programme d'employabilité. Madame Louise Bourassa, directrice des programmes de main-d'œuvre et de sécurité du revenu, a d'ailleurs reconnu dans son témoignage que le ministère avait reçu des plaintes que certains prestataires se trouvaient sur des listes d'attente. Or, il appert que, entre l'inscription à un programme et le début de ce dernier, les prestations demeuraient réduites.

413 All of these defects in the scheme, together with the preconceived ideas that underpinned it, necessarily lead to the conclusion that s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid* infringed the equality right of recipients under 30 years of age.

Toutes ces défectuosités du régime, couplées aux idées préconçues le sous-tendant, doivent mener à la conclusion que l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale* contrevenait au droit à l'égalité des bénéficiaires âgés de moins de 30 ans. Pour les motifs

2002 SCC 84 (CanLII)

For the reasons given by Bastarache J., s. 29(*a*) is not saved by s. 1 of the *Canadian Charter*.

III. Section 7 of the *Canadian Charter*

Having regard to the foregoing conclusion, I see no point in any further consideration of whether s. 29(*a*) of the *Regulation respecting social aid* violated s. 7 of the *Canadian Charter*. While I agree with Bastarache J.'s conclusion that the appellant failed to establish a violation of s. 7, I would note that I agree with the part of the reasons of the Chief Justice in which she writes that it is not appropriate, at this point, to rule out the possibility that s. 7 might be invoked in circumstances unrelated to the justice system. In the case of s. 7, the process of jurisprudential development is not complete. With respect, I am afraid that an interpretation such as is suggested by Bastarache J. unduly circumscribes the scope of the section, in a manner contrary to the cautious, but open, approach taken in the decisions of this Court on the question. It having been established that s. 7 does not apply, we must now review the arguments made by the appellant concerning the interpretation and application of s. 45 of the *Quebec Charter*.

IV. Section 45 of the *Quebec Charter*

The appellant submits that s. 45 of the *Quebec Charter* recognizes the right to an acceptable standard of living, as a substantive right. She cites the dissenting opinion of Robert J.A. in the Court of Appeal ([1999] R.J.Q. 1033), in which he found s. 45 to have independent legal effect, based on a difference between the wording of that section and of the other provisions that the *Quebec Charter* contains under the heading of social and economic rights. The respondent submits that s. 45 is no more than a mere policy statement, implementation of which may be ascertained from the relevant legislation. In the words of Baudouin J.A. in the Court of Appeal, the respondent argues that s. 45 does not authorize the courts to review the sufficiency of social measures that the legislature has chosen to adopt, in its political discretion. For the following reasons, I am of the opinion that while s. 45 is not without any binding content, it does not operate to place a duty on the

exposés par le juge Bastarache, l'al. 29*a*) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte canadienne*.

III. L'article 7 de la *Charte canadienne*

414 Vu la conclusion précédente, je crois inutile d'étudier si l'al. 29*a*) du *Règlement sur l'aide sociale* contrevenait à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Bien que je partage la conclusion du juge Bastarache que l'appelante n'a pas réussi à établir une violation de l'art. 7, je souligne toutefois que je suis d'accord avec cette partie des motifs du juge en chef McLachlin, selon laquelle il ne convient pas, à ce moment-ci, de fermer la porte à une éventuelle possibilité que l'art. 7 puisse être invoqué dans des circonstances n'ayant aucun lien avec le système de justice. L'évolution de l'art. 7 n'est pas terminée. Avec respect, je crains qu'une interprétation comme celle que suggère le juge Bastarache ne circonscrive indûment l'aire d'application de cette disposition, contrairement à l'orientation de la jurisprudence certes prudente, mais ouverte, de notre Cour sur cette question. L'application de l'art. 7 étant écartée, il reste à revoir les arguments avancés par l'appelante au sujet de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'art. 45 de la *Charte québécoise*.

IV. L'article 45 de la *Charte québécoise*

415 L'appelante soutient que l'art. 45 de la *Charte québécoise* consacre le droit à un niveau de vie décent à titre de droit substantif. Elle invoque l'opinion dissidente du juge Robert en Cour d'appel ([1999] R.J.Q. 1033) qui reconnaît une portée juridique autonome à l'art. 45, sur la base d'une différence entre son libellé et celui des autres dispositions que la *Charte québécoise* inclut sous la rubrique des droits sociaux et économiques. L'intimé, quant à lui, soutient que l'art. 45 n'est guère plus qu'un simple énoncé de politique dont la mise en vigueur se vérifie dans la législation pertinente. Reprenant les termes du juge Baudouin en Cour d'appel, il allègue que l'art. 45 n'autorise pas les tribunaux à contrôler la suffisance des mesures sociales que le législateur choisit d'adopter dans sa discrétion politique. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que l'art. 45, sans pour autant être dépourvu de tout contenu obligationnel, n'a pas pour effet d'obliger le législateur

2002 SCC 84 (CanLII)

Quebec legislature to guarantee persons in need an acceptable standard of living. That interpretation is supported by the wording and legislative history of s. 45, its position in the *Quebec Charter* and by the interaction between that section and the other provisions of the *Quebec Charter*.

A. *The Wording of Section 45 and its Placement in the Quebec Charter*

416 As Robert J.A. correctly observed, the *Quebec Charter* operates as a fundamental statute in the law of Quebec, and its unique nature is apparent in a variety of ways. First, it may be distinguished from other provincial human rights statutes in that its content goes well beyond the framework of mere prohibitions on discrimination. In addition to the very special importance that it assigns to the right to equality, the *Quebec Charter* protects a large number of other rights, including fundamental rights and freedoms and legal, political, social and economic rights. As well, while the *Canadian Charter* contains a justification clause that may apply to the violation of protected rights, the rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter* are guaranteed without restriction, other than the restrictions inherent in the rights and freedoms themselves (with the exception, however, of the fundamental rights and freedoms in Chapter I, which may be justifiably limited under s. 9.1). In terms of remedies, the *Quebec Charter* differs from the *Canadian Charter* in that it offers various methods for compensating individuals whose rights are violated in private relationships. A final distinction worth noting is that the *Quebec Charter* is practically the only fundamental legislation in Canada, or even North America, that expressly protects social and economic rights.

417 Pierre Bosset writes that including economic and social rights in a document that solemnly affirms the existence of fundamental rights and freedoms must have some consequence. In his view, the recognition of those rights [TRANSLATION] "makes it necessary to consider the question of the protection of economic and social rights from a qualitatively different perspective, one that is appropriate to a constitutional instrument, and not as a mere

québécois à assurer un niveau de vie décent aux personnes dans le besoin. Cette interprétation est confirmée tant par le libellé de l'art. 45 que par son histoire législative, sa place dans la *Charte québécoise* et son interaction avec les autres dispositions de la *Charte québécoise*.

A. *Le texte et la place de l'art. 45 dans la Charte québécoise*

Comme le fait remarquer à juste titre le juge Robert, dans le droit de la province de Québec, la *Charte québécoise* joue le rôle de loi fondamentale, dont la spécificité se manifeste à plusieurs niveaux. Elle se distingue d'abord des autres lois provinciales sur les droits de la personne, son contenu dépassant largement le simple cadre des prohibitions de la discrimination. Outre l'importance toute particulière qu'elle accorde au droit à l'égalité, la *Charte québécoise* protège un grand nombre d'autres droits dont les libertés et droits fondamentaux ainsi que des droits judiciaires, politiques, sociaux et économiques. De plus, alors que la *Charte canadienne* contient une clause de justification applicable en cas d'atteinte aux droits protégés, les droits et libertés garantis par la *Charte québécoise* le sont sans restriction autre que celles qui leur sont inhérentes (à l'exception, cependant, des droits et libertés fondamentales du chapitre premier qui peuvent faire l'objet d'une justification sous l'art. 9.1). Au plan des recours, la *Charte québécoise* se distingue de la *Charte canadienne* en offrant divers modes de réparation aux justiciables lésés dans le cadre de rapports privés. Enfin, autre distinction digne de mention, la *Charte québécoise* est pratiquement la seule loi fondamentale au Canada, voire en Amérique du Nord, à protéger expressément des droits sociaux et économiques.

Selon l'auteur Pierre Bosset, l'inclusion des droits économiques et sociaux dans un document qui affirme solennellement l'existence de libertés et droits fondamentaux ne peut rester sans conséquence. Selon lui, cette reconnaissance « force à envisager la question de la protection des droits économiques et sociaux dans une perspective qualitativement différente, propre à un texte quasi constitutionnel, et non comme une simple branche

2002 SCC 84 (CanLII)

branch of administrative law" (P. Bosset, "Les droits économiques et sociaux: parents pauvres de la Charte québécoise?" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 583, at p. 585). However, although the incorporation of social and economic rights into the *Quebec Charter* gives them a new dimension, it still does not make them legally binding. Robert J.A. is also of that opinion. In the case of s. 45 of the *Quebec Charter*, though, he creates an exception. He finds it to be binding, relying on a difference between the wording of s. 45 and the wording of the other provisions in the same chapter. In my view, that exception does not stand up to careful scrutiny of the chapter in question, the provisions of which are as follows:

CHAPTER IV

ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS

39. Every child has a right to the protection, security and attention that his parents or the persons acting in their stead are capable of providing.

40. Every person has a right, to the extent and according to the standards provided for by law, to free public education.

41. Parents or the persons acting in their stead have a right to require that, in the public educational establishments, their children receive a religious or moral education in conformity with their convictions, within the framework of the curricula provided for by law.

42. Parents or the persons acting in their stead have a right to choose private educational establishments for their children, provided such establishments comply with the standards prescribed or approved by virtue of the law.

43. Persons belonging to ethnic minorities have a right to maintain and develop their own cultural interests with the other members of their group.

44. Every person has a right to information to the extent provided by law.

45. Every person in need has a right, for himself and his family, to measures of financial assistance and to social measures provided for by law, susceptible of ensuring such person an acceptable standard of living.

46. Every person who works has a right, in accordance with the law, to fair and reasonable conditions of employment which have proper regard for his health, safety and physical well-being.

du droit administratif » (P. Bosset, « Les droits économiques et sociaux : parents pauvres de la Charte québécoise? » (1996), 75 *R. du B. can.* 583, p. 585). Toutefois, bien que l'insertion des droits sociaux et économiques dans la *Charte québécoise* leur confère une nouvelle dimension, elle ne leur a pas attribué pour autant un caractère juridiquement contraignant. Le juge Robert partage cette opinion. Cependant, il fait une exception dans le cas de l'art. 45 de la *Charte québécoise*. Il lui reconnaît un caractère contraignant, en s'appuyant sur une différence entre le libellé de l'art. 45 et celui des autres dispositions du même chapitre. À mon avis, une telle exception ne résiste pas à un examen attentif de ce chapitre dont voici les dispositions :

CHAPITRE IV

DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

39. Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

40. Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, à l'instruction publique gratuite.

41. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement publics, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions, dans le cadre des programmes prévus par la loi.

42. Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit de choisir pour leurs enfants des établissements d'enseignement privés, pourvu que ces établissements se conforment aux normes prescrites ou approuvées en vertu de la loi.

43. Les personnes appartenant à des minorités ethniques ont le droit de maintenir et de faire progresser leur propre vie culturelle avec les autres membres de leur groupe.

44. Toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi.

45. Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent.

46. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

2002 SCC 84 (CanLII)

47. Husband and wife have, in the marriage, the same rights, obligations and responsibilities.

Together they provide the moral guidance and material support of the family and the education of their common offspring.

48. Every aged person and every handicapped person has a right to protection against any form of exploitation.

Such a person also has a right to the protection and security that must be provided to him by his family or the persons acting in their stead. [Emphasis added.]

418 Chapter IV is remarkable for the presence of both intrinsic and extrinsic limitations on the rights created in it. First, six of the ten sections in the chapter contain a reservation (worded differently from one section to another) indicating that the exercise of the rights they protect depends on the enactment of legislation. For instance, to cite a few examples, the right to free public education is guaranteed "to the extent and according to the standards provided for by law", the right of parents to have their children receive religious instruction in conformity with their convictions is guaranteed "within the framework of the curricula provided for by law" and the right to information is guaranteed "to the extent provided by law". As well, all of the rights in the chapter are excluded from the preponderance that s. 52 assigns to the other rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter*. Accordingly, any interference with any of those rights may not result in a declaration under s. 52 that the legislation in question is of no force and effect. Nonetheless, it is possible, under s. 49, to obtain cessation of any interference with such a right, and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

419 In the opinion of Robert J.A., the differences in wording among the sections in Chapter IV are not of merely aesthetic significance. He is of the view that the expression "provided for by law" used in s. 45 to qualify the financial assistance and social measures that the legislature must adopt in order to ensure an acceptable standard of living does not mean the same thing as the other expressions used in the other sections in Chapter IV. While those other expressions, in his view, indicate that the rights are granted only to the extent provided for by law, the

47. Les époux ont, dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités.

Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs.

48. Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation.

Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu. [Je souligne.]

Le chapitre IV se distingue par la présence de limitations à la fois internes et externes aux droits qui y sont reconnus. D'une part, six des dix articles de ce chapitre contiennent une réserve (formulée en termes différents d'une disposition à l'autre) indiquant que la mise en œuvre des droits qu'ils protègent dépend de l'adoption de mesures législatives. Ainsi, pour citer quelques exemples, le droit à l'instruction publique gratuite est garanti « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi », le droit des parents à ce que leurs enfants reçoivent un enseignement religieux conforme à leurs convictions est garanti « dans le cadre des programmes prévus par la loi » et le droit à l'information est garanti « dans la mesure prévue par la loi ». D'autre part, les droits regroupés dans ce chapitre ne sont pas inclus parmi les droits et libertés que l'art. 52 de la *Charte québécoise* déclare avoir préséance sur les autres lois. Il s'ensuit qu'une atteinte à l'un ou l'autre de ces droits ne peut pas donner lieu à une déclaration d'inopérabilité en vertu de l'art. 52. Il demeure néanmoins possible d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte en vertu de l'art. 49.

Selon le juge Robert, les différences textuelles entre les articles du chapitre IV n'ont pas seulement une valeur esthétique. Il est d'avis que l'expression « prévues par la loi » que l'on retrouve à l'art. 45 pour qualifier les mesures d'assistance financière et sociales que le législateur doit adopter pour assurer un niveau de vie décent n'a pas la même signification que les autres expressions employées dans les autres articles du chapitre IV. Alors que ces dernières indiquent selon lui que les droits ne sont reconnus que dans la mesure prévue par la loi,

2002 SCC 84 (CanLII)

expression "provided for by law" refers, rather, to the methods by which the legislature has committed itself to providing the measures to ensure an acceptable standard of living. That interpretation, he says, is consistent with Article 11(1) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, to which s. 45 bears an undeniable resemblance:

> *Article 11*. 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

The apparent similarity between s. 45 and Article 11(1) of the Covenant does not necessarily mean that the Quebec legislature intended to entrench the right to an acceptable standard of living in the *Quebec Charter*. In fact, the wording of s. 45 itself seems to negate that possibility. Section 45 does not guarantee the right to an acceptable standard of living, as Article 11(1) does; rather, it guarantees the right to social measures. In my view, that distinction supports the assertion that s. 45 protects a right of access to social measures for anyone in need. The fact that anyone in need is entitled not to measures to ensure him or her an acceptable standard of living, but to measures susceptible of ensuring him or her that standard of living, is also revealing. It seems to suggest that the legislature did not intend to give the courts the power to review the adequacy of the measures adopted, or to usurp the role of the legislature in that regard.

As well, the expression "provided for by law" must be considered in light of the other provisions of Chapter IV that have a direct impact on the financial resources of the state. Those provisions all contain a reservation (worded in different ways from one section to another). Those reservations confirm that the rights are protected only to the extent provided for by law. It would be most surprising if the Quebec legislature had committed itself unconditionally to ensuring an acceptable standard of living for anyone in need at the same time as limiting the exercise of

l'expression « prévues par la loi » renvoie plutôt à la modalité selon laquelle le législateur s'est engagé à prendre des mesures destinées à assurer un niveau de vie décent. Cette interprétation s'accorde d'après lui avec le par. 11(1) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, avec lequel l'art. 45 a une parenté indéniable :

> *Article 11*. 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence. Les États parties prendront des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit et ils reconnaissent à cet effet l'importance essentielle d'une coopération internationale librement consentie.

420 La parenté évidente entre l'art. 45 et le par. 11(1) du Pacte ne signifie pas nécessairement que le législateur québécois a voulu consacrer le droit à un niveau de vie décent dans la *Charte québécoise*. En fait, le texte même de l'art. 45 semble nier cette possibilité. En effet, cette disposition ne garantit pas le droit à un niveau de vie décent, comme le fait le par. 11(1), mais bien le droit à des mesures sociales. Cette distinction appuie à mon avis la proposition que l'art. 45 protège un droit d'accès à des mesures sociales à toute personne dans le besoin. Le fait que toute personne dans le besoin n'ait pas droit à des mesures lui assurant un niveau de vie décent mais plutôt à des mesures susceptibles de lui assurer ce niveau de vie est aussi révélateur. Il semble suggérer que le législateur n'a pas voulu conférer aux tribunaux le pouvoir de contrôler la suffisance des mesures adoptées ni de s'ériger en législateurs à cet égard.

421 D'autre part, l'expression « prévues par la loi » doit être considérée à la lumière des autres dispositions du chapitre IV qui ont un impact direct sur les ressources financières de l'État. Ces dernières contiennent toutes une réserve (formulée en des termes différents d'une disposition à l'autre). Cette réserve confirme que les droits ne sont protégés que dans la mesure prévue par la loi. Il serait fort étonnant que le législateur québécois se soit engagé inconditionnellement à assurer un niveau de vie décent à toute personne dans le besoin alors qu'il a limité

2002 SCC 84 (CanLII)

all of the other rights that call for it to make a direct financial investment to what is prescribed by law (M.-J. Longtin and D. Jacoby, "La Charte vue sous l'angle du législateur", in *La nouvelle Charte sur les droits et les libertés de la personne* (1977), 4, at p. 24).

422 The final point is that the interpretation adopted by Robert J.A. does not seem to be supported by the opinions expressed during the parliamentary debates that led to the enactment of the *Quebec Charter*. The Quebec Minister of Justice referred to social and economic rights in the broader framework of a charter that was intended to be a synthesis of certain democratic values accepted in Quebec, Canada and the West, and described the rationale for those provisions as follows (*Journal des débats*, vol. 15, No. 79, November 12, 1974, at p. 2744):

> [TRANSLATION] These rights are of special importance. Some may say that in certain cases they are expressions of good intentions, but I think that the fact that they are recognized in a bill like this one will give them an important place in the context of the democratic values to which I have referred, that is, that a number of these social and economic rights in a way summarize certain things, certain principles, certain values that we hold dear in Quebec. Despite the fact that some of them are subject to the effect of other government legislation, which I certainly do not deny, they nonetheless represent part of our democratic heritage. That is why we have included them in this Charter.

423 It therefore seems obvious that the Quebec legislature did not intend to give the social and economic rights guaranteed by the *Quebec Charter* independent legal effect. As well, there is nothing in the debates to suggest the intention of creating an exception with respect to s. 45.

B. *Case Law Concerning Section 45*

424 The Quebec courts have generally taken the position that s. 45, and all of the rights in Chapter IV of the *Quebec Charter*, were positive rights, the exercise of which depended on the enactment of legislation. In *Lévesque v. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223, the Court of Appeal held (at p. 226):

aux prescriptions de la loi la réalisation de tous les autres droits exigeant de lui un investissement financier direct : M.-J. Longtin et D. Jacoby, « La Charte vue sous l'angle du législateur », dans *La nouvelle Charte sur les droits et les libertés de la personne* (1977), 4, p. 24.

Enfin, l'interprétation retenue par le juge Robert ne semble pas trouver de soutien dans les opinions exprimées au cours des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la *Charte québécoise*. Situant les droits sociaux et économiques dans le cadre plus large d'une charte destinée à faire une synthèse de certaines valeurs démocratiques acquises au Québec, au Canada et en Occident, le ministre de la Justice du Québec décrivait en ces termes la raison d'être de ces dispositions (*Journal des débats*, vol. 15, n° 79, 12 novembre 1974, p. 2744) :

> Ces droits ont une portée importante. Certains diront peut-être que, dans des cas, il s'agit d'expressions de bonne volonté, mais je pense que le fait qu'ils soient reconnus dans un projet de loi comme celui-là va leur assurer un caractère important dans ce contexte des valeurs démocratiques dont je parlais tout à l'heure, c'est-à-dire qu'un certain nombre de ces droits socio-économiques résument d'une certaine façon certaines choses, certains principes, certaines valeurs auxquels nous sommes attachés au Québec. Malgré que, pour certains d'entre eux, ils sont soumis à l'effet d'autres lois gouvernementales, ce que je suis loin de nier, ils représentent quand même des acquisitions de notre patrimoine démocratique. C'est la raison pour laquelle nous les avons inscrits à cette charte.

Il semble donc évident que le législateur québécois n'a pas voulu reconnaître une portée juridique autonome aux droits sociaux et économiques garantis par la *Charte québécoise*. Par ailleurs, rien dans les débats ne suggère que l'on ait voulu créer une exception en ce qui concerne l'art. 45.

B. *La jurisprudence portant sur l'art. 45*

Les tribunaux québécois ont généralement adopté la position que l'art. 45 de même que tous les droits se trouvant au chapitre IV de la *Charte québécoise* étaient des droits-créances dont la mise en œuvre dépendait de l'adoption de mesures législatives. Ainsi, dans l'affaire *Lévesque c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.J.Q. 223, la Cour d'appel a statué à la p. 226 que :

2002 SCC 84 (CanLII)

[TRANSLATION] In 1975, in Chapter IV, Social and Economic Rights, the Charter granted all individuals the right to social measures, but because that provision does not prevail over the other laws of Quebec, the right to financial assistance must be determined under the appropriate legislation and regulations, in this case, the Act.

Quant à la charte, en 1975, à l'intérieur du chapitre IV, Droits économiques et sociaux, elle a consacré le droit des citoyens aux mesures sociales mais, comme cette disposition n'a aucune préséance sur les autres lois du Québec, le droit à l'assistance financière doit être déterminé suivant les textes législatifs et réglementaires pertinents, en l'espèce la loi.

As well, in *Lecours v. Québec (Ministère de la Main d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638, the Superior Court held that s. 45 of the *Quebec Charter* did not grant a universal right to social assistance; that right must be provided by law.

425 De même, dans l'affaire *Lecours c. Québec (Ministère de la Main d'œuvre et de la Sécurité du revenu)*, J.E. 90-638, la Cour supérieure a décidé que l'art. 45 de la *Charte québécoise* n'accordait pas un droit universel à l'aide sociale; ce droit doit être prévu par la loi.

There is, however, one decision of the Quebec Court of Appeal that is an exception. That judgment, in *Johnson v. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, relied on s. 45 of the *Quebec Charter* in holding that a statutory provision declaring a person who is unemployed because of a labour dispute to be ineligible for social assistance could not be applied to a striker. Johnson and his wife had found themselves without income the day after a strike vote was held. Because he was not a union member, Johnson could not receive strike pay. He then tried to obtain unemployment insurance benefits, but was unsuccessful. As a last resort, he applied for social aid, which he was denied on the ground that s. 8 of the *Social Aid Act*, R.S.Q., c. A-16, excluded persons who had lost their job because of a labour dispute from benefits. He then challenged the validity of s. 8 on the ground that it was contrary to ss. 10 and 45 of the *Quebec Charter*.

426 Un arrêt de la Cour d'appel du Québec fait cependant exception. Prononcé dans l'affaire *Johnson c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.A. 61, ce jugement s'est fondé sur l'art. 45 de la *Charte québécoise* pour rendre inopposable à un gréviste dans le besoin une disposition législative déclarant inadmissible à l'aide sociale une personne se trouvant sans emploi en raison d'un conflit de travail. En effet, Johnson et son épouse s'étaient retrouvés sans revenu au lendemain d'un vote de grève. N'étant pas membre en règle du syndicat, Johnson n'avait pu toucher les prestations de grève. Il avait alors tenté d'obtenir des prestations d'assurance-chômage mais sans succès. En dernier recours, il avait déposé une demande d'aide sociale qui lui avait été refusée au motif que l'art. 8 de la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., ch. A-16, excluait du bénéfice de la loi les personnes ayant perdu leur emploi en raison d'un conflit de travail. Il a alors entrepris de contester la validité de l'art. 8 au motif qu'il contrevenait aux art. 10 et 45 de la *Charte québécoise*.

Bisson J.A., writing for the Court of Appeal, held that s. 8 of the Act was not based on one of the grounds of discrimination listed in s. 10 of the *Quebec Charter* because being unemployed as a result of a labour dispute was not included in the concept of social condition. That did not conclude his analysis, and he went on to declare that s. 8 was of no force and effect as against the appellant on the ground that it was contrary to a number of the principles laid down in the *Quebec Charter* and in the *Social Aid Act* (at p. 70).

427 Au nom de la Cour d'appel, le juge Bisson a statué que l'art. 8 de la Loi n'était pas fondé sur un motif de discrimination énuméré à l'art. 10 de la *Charte québécoise* puisque le fait d'être sans emploi en raison d'un conflit de travail n'était pas visé par le concept de condition sociale. Cette conclusion ne mettant pas fin à son analyse, il a poursuivi en déclarant que l'art. 8 était sans effet et inopposable aux appelants au motif qu'il contrevenait à plusieurs principes énoncés dans la *Charte québécoise* et dans la *Loi sur l'aide sociale* (à la p. 70) :

2002 SCC 84 (CanLII)

[TRANSLATION] Having found that s. 8 was valid legislation, I am nevertheless compelled to acknowledge that, as happens in the case of some legislation, a provision that is perfectly legal may, inadvertently, produce effects that the legislature did not anticipate.

That is the case with s. 8 as it relates to the appellants. The effect of that statutory provision, which was intended to prevent strikes being funded by social aid, is that because of the special situation of the appellants, s. 45 of the Charter must be applied.

428 It is difficult to view *Johnson* as an express recognition of the binding effect of s. 45. For one thing, it is obvious that the Court of Appeal was influenced by the exceptional circumstances in the case before it: a worker who had been on probation had been unable to participate in the strike vote and was not entitled to union benefits. The court was dealing with legislation that was perfectly valid but that produced effects the legislature had not anticipated. As Pierre Bosset, *supra*, points out, that case is in fact an atypical case, in which the basis for the judgment is extremely uncertain (at p. 593):

[TRANSLATION] When restricted to the applicant's particular case, the declaration that the law was of no force and effect is perhaps not very dissimilar to a judgment in equity. However, we may also regard it as an implied application of the rule of interpretation stated in s. 53 of the *Charter*, which provides that if any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the *Charter*.

429 Accordingly, other than in exceptional circumstances, it does not seem that s. 45 is capable of having independent legal effect. Robert J.A. thought that this interpretation should be rejected on the ground that it reduced s. 45 to a mere obligation that [TRANSLATION] "theoretically . . . could be no more than symbolic and purely optional" (p. 1100). His opinion, however, was not based on a proper assessment of the nature of the obligational content of s. 45. The right of access to measures of financial assistance and social measures without discrimination would not be guaranteed by the *Quebec Charter* were it not for s. 45, the reason for this being that s. 10 of the *Quebec Charter* does not create an independent right to equality. In the first decision on this point, *Commission des droits de la personne*

Ayant conclu que l'article 8 était une une législation valide, je suis forcé, par ailleurs, d'admettre que, comme la chose arrive dans certaines législations, un texte parfaitement légal peut, par accident, produire des effets que le législateur n'avait pas prévus.

Tel est le cas de l'article 8 par rapport aux appelants. Cette disposition législative, destinée à éviter que l'aide sociale finance les grèves, fait en sorte qu'en raison de la situation particulière des appelants il faut appliquer l'article 45 de la charte.

Il est difficile de considérer l'affaire *Johnson* comme une reconnaissance explicite de la force contraignante de l'art. 45. D'abord, il est évident que la Cour d'appel a été influencée par les circonstances exceptionnelles de l'espèce : le travailleur, en période de probation, n'avait pu prendre part au vote de grève et n'avait pas droit aux prestations du syndicat. Elle se trouvait devant un texte de loi parfaitement valide mais qui produisait des effets non prévus par le législateur. Comme le souligne l'auteur Pierre Bosset, *loc. cit.*, cette affaire présente plutôt un cas atypique, où le fondement du jugement demeure fort incertain (à la p. 593) :

Limitée au cas particulier du requérant, la déclaration d'inopposabilité n'est peut-être pas loin de ressembler, ici, à un jugement d'équité. On est libre, cependant, d'y voir aussi une application implicite de la règle d'interprétation énoncée par l'art. 53 de la *Charte*, selon laquelle lorsqu'un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il doit être tranché dans le sens indiqué par la *Charte*.

Ainsi, en dehors de circonstances exceptionnelles, il ne semble pas que l'art. 45 puisse jouir d'une juridicité autonome. Le juge Robert a estimé qu'une telle interprétation devait être rejetée au motif qu'elle réduisait l'art. 45 à une simple obligation qui « théoriquement (. . .) pourrait demeurer symbolique et purement facultative » (p. 1100). Son opinion, toutefois, n'apprécie pas correctement la nature du contenu obligationnel de l'art. 45. En effet, le droit d'accès sans discrimination à des mesures d'assistance financière et sociale ne serait pas garanti par la *Charte québécoise* en l'absence de l'art. 45. La raison tient au fait que l'art. 10 de la *Charte québécoise* ne crée pas de droit autonome à l'égalité. Dans une première décision sur ce sujet, *Commission des droits de la personne du Québec*

2002 SCC 84 (CanLII)

du Québec v. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu, [1991] R.J.Q. 3003, aff'd [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), the Human Rights Tribunal explained the complex interaction between the right to equality and economic and social rights, in that case the right to free public education, as follows (at p. 3037):

> [TRANSLATION] [W]hile the Charter allows for the exercise of the right to free public education to be affected by various statutory restrictions, and even for it to be subject to certain exceptions (such as charging tuition fees at the college and university level, for example), it prohibits limitations that have an effect on the exercise of that right that is discriminatory on one of the grounds enumerated in s. 10.

The symbiosis between s. 10 and the other rights and freedoms is a direct result of the wording of s. 10, which creates not an independent right to equality but a method of particularizing the various rights and freedoms recognized (*Desroches v. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.), at p. 1547). Section 10 sets out the right to equality, but only in the recognition and exercise of the rights and freedoms guaranteed. Accordingly, a person may not base an action for a remedy on the s. 10 right to equality as an independent right. However, a person may join s. 10 with another right or freedom guaranteed by the *Quebec Charter* in order to obtain compensation for a discriminatory distinction in the determination of the terms and conditions on which that right or freedom may be exercised (P. Carignan, "L'égalité dans le droit: une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne" in *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 101, at pp. 136-37).

While it is true that the existence of that right of access is itself subject to the enactment of legislation, there is opinion that suggests that a minimum duty to legislate could be inferred from the inclusion of economic and social rights in the *Quebec Charter*. That idea is argued by Pierre Bosset, *supra*, at p. 602, who sees it as an alternative to the refusal by the Quebec courts to recognize the rights set out in Chapter IV of the *Quebec Charter* as having binding effect:

c. Commission scolaire de St-Jean-sur-Richelieu, [1991] R.J.Q. 3003, conf. par [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), le Tribunal des droits de la personne a expliqué ainsi l'interaction complexe existant entre le droit à l'égalité et les droits économiques et sociaux, en l'occurrence le droit à l'instruction publique gratuite (à la p. 3037) :

> [S]i la charte permet que l'exercice du droit à l'instruction publique gratuite soit affecté de différentes restrictions législatives, voire qu'il souffre certaines exceptions (telles que l'imposition de frais de scolarité aux niveaux collégial et universitaire, par exemple), elle interdit cependant les limitations qui, dans l'aménagement de ce droit, produisent un effet discriminatoire au regard de l'un des motifs énumérés à l'article 10.

430 Cette symbiose entre l'art. 10 et les autres droits et libertés découle directement de la formulation de l'art. 10 qui ne crée pas un droit autonome à l'égalité mais une modalité de particularisation des divers droits et libertés reconnus (*Desroches c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.), p. 1547). En effet, l'art. 10 proclame le droit à l'égalité mais uniquement dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés garantis. Aussi, une personne ne peut fonder un recours sur le droit à l'égalité prévu à l'art. 10 en tant que droit indépendant. Elle peut toutefois jumeler l'art. 10 avec un autre droit ou une autre liberté garanti par la *Charte québécoise* afin d'obtenir réparation pour une distinction discriminatoire dans la détermination des modalités de ce droit ou de cette liberté (P. Carignan, « L'égalité dans le droit : une méthode d'approche appliquée à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne » dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis* (1989), 101, p. 136-137).

431 Il est vrai cependant que même l'existence de ce droit d'accès est assujetti à l'adoption de mesures législatives. Toutefois, certaines opinions suggèrent qu'une obligation minimale de légiférer pourrait être déduite de l'insertion des droits économiques et sociaux dans la *Charte québécoise*. Cette idée est défendue par l'auteur Pierre Bosset, *loc. cit.*, p. 602, qui y voit une alternative au refus des tribunaux québécois de reconnaître la force contraignante des droits du chapitre IV de la *Charte québécoise* :

2002 SCC 84 (CanLII)

[TRANSLATION] Unless we are to think that the legislature spoke for no purpose when it included economic and social rights in the *Charter*, we must take seriously the hypothesis of minimum obligational content, of a "hard core" of rights that may be asserted against the state, despite the fact that the provisions in question do not, properly speaking, prevail over legislation. The idea of a hard core, which is more in keeping with the spirit of the *Charter* and the way that we normally think about rights and obligations than is the idea of a "purely optional" obligation, involves, at a minimum, the creation of a legal framework that favours the attainment of social and economic rights. Accordingly, failure to legislate — particularly where the way in which the right is worded expressly refers to the law — would be inconsistent with the obligations imposed by the *Charter*. Legislating solely as a matter of form, in legislation devoid of substance, would be no less problematic an idea.

À moins de considérer que le législateur parlait pour ne rien dire en consacrant les droits économiques et sociaux dans la *Charte*, il faut prendre au sérieux l'hypothèse d'un contenu obligationnel minimum, d'un « noyau dur » de droits opposables à l'État en dépit du fait que les dispositions concernées ne jouissent pas, à proprement parler, de la prépondérance par rapport à la législation. Plus respectueuse de l'esprit de la *Charte* et de la conception que l'on se fait habituellement des droits et des obligations que la thèse d'une obligation « purement facultative », l'idée d'un noyau dur implique, minimalement, la mise en place d'un cadre juridique favorable à la réalisation des droits économiques et sociaux. Ainsi, un défaut de légiférer — notamment lorsque la formulation du droit renvoie explicitement à la loi — serait incompatible avec les obligations qui découlent de la *Charte*. Légiférer uniquement pour la forme, par un acte législatif vide de substance, ne serait pas moins problématique.

432 However, that interpretation would not give the courts the power to review the adequacy of the measures adopted. Nonetheless, the task it would assign them might be incompatible with their function, which is to determine what types of measures are likely to allow for the exercise of rights.

Cette interprétation n'autoriserait cependant pas les tribunaux à contrôler la suffisance des mesures adoptées. Elle leur conférerait néanmoins une tâche peut-être incompatible avec leur fonction, c'est-à-dire celle de déterminer les types de mesures qui sont susceptibles de mettre les droits en œuvre.

433 In conclusion, the wording of s. 45 and its placement in the *Quebec Charter* confirm that it does not confer an independent right to an acceptable standard of living for anyone in need. That interpretation is the one most consistent with the intention of the Quebec legislature. Although it might be desirable, entrenching economic and social rights in a charter of rights is not essential to recognition of those rights in positive law. Social law had in fact developed in Quebec well before the enactment of the *Quebec Charter*.

En conclusion, la rédaction et la situation de l'art. 45 dans la *Charte québécoise* confirment qu'il ne confère pas de droit autonome à un niveau de vie décent à toute personne dans le besoin. Cette interprétation est la plus conforme à l'intention du législateur québécois. Bien que souhaitable, leur consécration dans une charte des droits n'est cependant pas indispensable à la reconnaissance des droits économiques et sociaux dans le droit positif. Le droit social s'est d'ailleurs développé au Québec bien avant l'adoption de la *Charte québécoise*.

V. Conclusion

V. Conclusion

434 For these reasons, the appeal should be allowed, in accordance with the disposition proposed by my colleague Bastarache J.

Pour ces motifs, le pourvoi doit être accueilli, conformément au dispositif suggéré par mon collègue, le juge Bastarache.

Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour *and* LeBel JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache, Arbour *et* LeBel *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Ouellet, Nadon, Barabé, Cyr, de Merchant, Bernstein, Cousineau, Heap & Palardy, Montreal.

Procureurs de l'appelante : Ouellet, Nadon, Barabé, Cyr, de Merchant, Bernstein, Cousineau, Heap & Palardy, Montréal.

2002 SCC 84 (CanLII)

10

LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

DEVELOPING AN ANTI-AGEIST APPROACH WITHIN LAW

Advancing Substantive Equality for Older Persons through Law, Policy and Practice

July 2009

Commissioned by the Law Commission of Ontario

Prepared by

Margaret Hall

The LCO commissioned this paper to provide background research for its Advancing Substantive Equality for Older Persons through Law, Policy and Practice project. The views expressed in this paper do not necessarily reflect the views of the LCO.

I. Introduction

This paper suggests an approach to evaluating legislation through an anti-ageist "lens," focusing on two areas that may be subject to legislation and that will tend to disproportionately affect older adults: substitute decision making and elder abuse and exploitation. The evaluative lens used asks the following general questions:

- Does the legislation reflect negative ageist stereotypes and/or paternalistic attitudes (explicitly or implicitly)? Is the policy or legislation based on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity?

- Are there sufficient mechanisms provided for by the legislation to prevent or protect against the legislation being implemented in an ageist manner (including the acting-out of individual ageism, given the prevalence of ageist attitudes)?

- Does the legislation respond appropriately to the real needs of older persons as a group (understanding that older adults are extremely diverse), recognising that older adults generally are situated differently from younger people and have different needs?

The principle of *human dignity* runs through all aspects of the evaluative lens. Recognising and giving effect to dignity requires both:

- respect for personal autonomy; and
- recognition of society's obligation to provide support and assistance where needed, and effective mechanisms for carrying out that obligation.

These requirements may be coincidental, or may require a balance, depending on the specific situation or context. Both are essential, however, and neither can be entirely subsumed by the other. Legislation in Ontario, in the case of substitute decision making, and non-legislative approaches, in the case of elder abuse and exploitation, is discussed and evaluated with reference to the questions given above. Legislation across Canada dealing with substitute decision making and elder abuse and exploitation is then surveyed, and evaluated with reference to these questions. "Benchmark" legislation is then identified, and the Ontario approach is discussed in terms of its relationship to this benchmark.

The question of implementation, or how the law is actually carried out in practice, is extremely important in this context, and a fully developed anti-ageist evaluation must include an analysis of implementation. Social de-valuation of older adult's autonomy, internalised by family members and health professionals, increases the importance of having structures in place to actively counter its effect. Older adults are, together with psychiatric patients (a group which may include older adults), disproportionately subject

to the *Substitute Decisions Act* and the *Health Care Consent Act*; older adults are more likely to be subject to care facility admission. A legal *scheme* (including mechanisms directed at implementation) that is sensitive to the real needs and situations of older adults will actively promote decision making rights.

A thorough review of implementation and the empirical research it would require is beyond the scope of this paper, however. Responses received from the Advocacy Centre for the Elderly and Ontario Bar Association during the consultation carried out for the Law Commission of Ontario project include several insightful comments regarding implementation of legislation in Ontario, and those are referred to here.

A. What is ageism?

Many of the most damaging or negative effects of the ageing process are a consequence of society's negative response to the ageing process. As the Supreme Court of Canada explained in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, considering section 15 in the context of disability, "[e]xclusion and marginalization are generally not created by the individual with disabilities but are created by the economic and social environment and, unfortunately, by the state itself." [1] The court described the "concept" of disability as multilayered, accommodating within it actual physical and mental limitations; "true" functional limitations (where physical and mental limitations, which are not met through assistance or devices such as eyeglasses, give rise to individual functional limitations); and the "social handicap" resulting from the "exaggerated or unjustified consequences to whatever [true] functional limitations in fact exist," "the problematic response of society to that condition."[2] The *Granovsky* analysis, applied to the "concept" of age and ageing, unpacks the social idea of age (in and of itself) as limitation in the context of modern society, where the great majority of actual limitations associated with mere ageing have been or are capable of being met and do not, or need not, manifest as "true" functional disabilities.

Society's response to ageing includes both negative stereotypes about ageing and older adults (older adults are weak and unintelligent) and attitudes that dis-empower and infantalise older adults as objects to be "done to" rather than actors in control of their own lives. (older adults can't know what's best for them and other more competent persons must be entrusted with those decisions). Negative and paternalistic attitudes towards older persons include the following: [3]

- Older adults are inflexible, resistant to change and have difficulty learning new things;
- Older persons are chronically ill, dependent and no longer make a contribution to society;
- Older persons are a burden on their families and loves ones, as well as on society at large;
- Older persons are depressed, isolated and waiting to die;

- Older persons have declining capacity, are incapable of making responsible decisions and must be protected from themselves

The Ontario Bar Association described "ageism and negative stereotypes about the characteristics, capacities and contributions of older adults [as] pervasive and harmful… We need to make the same effort to eliminate age discrimination as we have made to promote multiculturalism, and to eliminate homophobia."[4]

Ageist stereotypes and attitudes may be expressed on the personal level, influencing the way in which individuals relate to one another. Ageism can also find expression in social norms, rules and institutions, including the law. Institutional ageism can be overt and explicitly discriminatory, as with mandatory retirement policies (see discussion below under "Canadian Charter of Rights and Freedoms"). *Im*plicit institutional ageism underlies the "tendency to structure society based on an assumption that everyone is young, thereby failing to respond appropriately to the real needs of older persons [by failing to] design systems and structures that are inclusive of older persons."[5] One consequence of institutional ageism is the invisibility of older adults in the law generally and in the law reform process.

Identification of the effects of implicit institutional ageism is consistent with the substantive (as opposed to formal) equality rights guaranteed by section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;[6] identical treatment can cause unequal outcomes where significant personal differences exist but are not recognised and provided for. Where a blind person cannot succeed at a written test, for example, or a person in a wheelchair cannot access a library, "the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp."[7] Substantive inequality arises from a "construction of a society based solely on "mainstream" attributes." [8]

It is a well-established principle of human rights law that systemic discrimination exists where a law, policy or program that is neutral on its face with respect to a prohibited ground of discrimination, in this case age, disproportionately impacts a protected group.[9] Systemic discrimination may therefore be shown if the implementation of the legislation discussed below, or the effect of any specific provisions, has a disproportionately negative impact on older adults.

B. Developing an anti-ageist approach within the law

Developing an anti-ageist approach within the law requires developing and applying an "age-based lens" to evaluate the impact of the law on older adults, whether negative differential impact is intentional or not.[10] An age-based lens includes the following questions:

- Does the legislation include or refer to, explicitly or implicitly, ageist stereotypes and/or paternalistic attitudes?

- Are there sufficient mechanisms provided for by the legislation to prevent or protect against the legislation being implemented in an ageist manner (including the acting-out of individual ageism, given the prevalence of ageist attitudes)?

- Does the legislation respond appropriately to the real needs of older persons as a group (understanding that older adults are extremely diverse), recognising that older adults generally are situated differently from younger people and have different needs?

Particular subject areas will also include additional, subject-specific questions.

While each of these points is essential to developing an anti-ageist approach within law, there may be a tension between recognising and responding to characteristics associated with older adults and avoiding negative stereotypes and attitudes. Not recognising difference is a form of formal equality that apparently negates ageism ("older adults are no different from, and therefore just as strong, capable, and valuable, as younger persons"). If significant differences do exist, however, formal equality is not realistic and creates unequal impact (and the identification of value with being "just like" younger people itself internalizes ageist attitudes).

The key to addressing that tension is the underlying characterisation of factors associated with the ageing process and with older adults as a group. The belief that ageing-related differences are necessarily negative is itself an expression of ageism; that any departure from the youthful paradigm is insulting, necessarily harmful and stigmatizing. Indeed, difference has often been interpreted in negative stereotypical terms. An age-based analysis must be careful to avoid replicating negative ageist attitudes.

This report looks at two areas of law that are of particular relevance to older adults - substitute decision making and elder abuse and exploitation - through an age-based lens. One of these, substitute decision-making, does not apply specifically to older adults as such but will disproportionately involve and impact older adults. Applying an age-based lens in this context means asking whether this age-neutral legislation takes account of the real differences and needs associated with ageing. Age responsive substitute decision-making legislation must include mechanisms to prevent or guard against ageism in implementation, for example, as the individuals giving effect to that legislation may be affected by ageism on the individual or the social level.

Unlike substitute decision making, elder abuse and exploitation is explicitly age-specific as an area of law or legal subject. Identification of elder abuse and exploitation as a distinct social problem is predicated on the understanding that older adults as a group are especially vulnerable to these kinds of harm and/or face special obstacles in seeking redress. Legislation that deals with elder abuse and exploitation in Canada, however, is *not* age specific: the *Criminal Code*, adult protection legislation, and domestic violence legislation may all provide a response to types of elder abuse and exploitation. Very few provisions within this legislation make reference to age. An age-based analysis of elder

abuse legislation will therefore need to consider whether the overall approach within the province (including all applicable legislation) is adequate and appropriate, taking into account and responding to the needs of older adults without replicating ageist stereotypes and attitudes.

II. Framing the Discussion: United Nations Principles and the National Framework on Ageing

Canada has adopted broad statements of principles and values that create a general framework for the treatment of older persons within and by the law. These statements of principle are not legally binding, but should inform and guide the development of law and policy in this area. The statements are also significant as formal recognition of the need to promote the rights and needs of older adults as a matter of social policy.

A. United Nations Principles for Older Persons and the Madrid Action Plan

The first United Nations World Assembly on Ageing was held in 1982. The United Nations Principles for Older Persons, adopted by the UN General Assembly in 1991,[11] were intended to provide guidelines regarding the entitlements of older persons. Signatory states were encouraged to incorporate those guidelines into national programmes, including legislation.

While Canada is the signatory to the United Nations Principles, policy and legislation affecting older adults is also developed at the provincial level. The Principles provide a practical and effective frame of reference for provinces seeking to develop an anti-ageist approach within legislation.

The Principles include:

- Independence;
- Participation;
- Care (including access to social and legal services to enhance their autonomy, protection and care and the ability to enjoy human rights and fundamental freedoms when residing in any shelter, care or treatment facility, including full respect for their dignity, beliefs, needs and privacy and for the right to make decisions about their care and the quality of their lives);
- Self-fulfillment; and
- Dignity (including the ability to live in dignity and security and be free of exploitation and physical or mental abuse).

No evaluation appears to have been carried out regarding the extent and degree to which the Principles have been incorporated into Canadian legislation and policy, unlike the UN Convention on the Rights of the Child.[12]

A second World Assembly on Ageing was held in Madrid in 2002. The Madrid International Plan of Action on Aging (MIPAA), endorsed by the General Assembly in 2002,[13] included the following action matters:

- The full realization of all human rights and fundamental freedoms of all older persons;
- Empowerment of older persons to fully and effectively participate in the economic, political and social lives of their societies;
- Ensuring the full enjoyment of economic, social and cultural rights, and civil and political rights of persons and the elimination of all forms of violence and discrimination against older persons; and
- Provision of health care, support and social protection for older persons, including preventive and rehabilitative health care.

As a signatory to the MIPAA, Canada is committed to upholding the spirit and intent of the Plan of Action by integrating the rights and needs of older persons into national and international economic and social development policies.[14]

B. National Framework on Ageing

The United Nations Principles for Older Persons are mirrored in the principles and vision statement included in the National Framework on Ageing, an initiative of the Federal, Provincial and Territorial Ministers Responsible for Seniors (the Ministers).[15]

The Framework is voluntary, with a shared Vision Statement and five Principles at its core:

Vision
Canada, a society for all ages, promotes the well-being and contributions of older people in all aspects of life

Five Principles
Dignity, Independence, Participation, Fairness, Security

The purpose of the National Framework is to facilitate a common approach for monitoring and reviewing changes to seniors programs and services across jurisdictions, and to assist in examining the cumulative effects of policy changes on Canadian seniors.

1. National Framework on Ageing Principles: Commentary and Suggestions

In *A Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians*, a Report released in 2004, the Ontario Human Rights Commission recommended that "the five principles contained in the National Framework on Ageing be integrated into policies and programs of public and private sector organisations."[16] The Framework is also mirrored in the principles adopted by the Law Commission of Ontario to guide law reform in this area:

- Independence;
- Participation;
- Security;
- Dignity; and
- Respect for diversity.

In their response to the Law Commission's Consultation, the Ontario Bar Association urged the Commission to consider adding two additional principles:

- the right to receive "care"- the right to access to health and institutional care, and to legal aid and social services; and
- the principle of respect for human rights and freedoms

The Advocacy Centre for the Elderly (ACE), in its response to the Law Commission Consultation, expressed concern about the use of the word "care" as it is "sometimes negatively equated with best interests."[17] The ACE response suggested that the desired objective could be achieved if the principles of security (expressed in the National Framework on Aging) was "strengthened… to include access to legal and social services, as well as legal definitions of program eligibility for health and community based long-term care services, such that a person who meets the eligibility criteria is entitled to fully participate in the program regardless of competition for scarce resources."[18] The principle of security is also consistent with the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

III. Canadian Charter of Rights and Freedoms

The fundamental rights and freedoms of older adults in Canada are protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Unlike the principles and values discussed above, the *Charter* is law in Canada.

A. Section 1: Limiting *Charter* Rights

Charter rights are not absolute: section 1 states that the rights guaranteed by the Charter of Rights and Freedoms are "subject only to such limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society." The question of whether a law constitutes a reasonable limit on a Charter right requires the following considerations, or steps:[19]

- Are the objectives of the impugned law sufficiently important to warrant the limitation of the right?

- When the objective of the law is balanced against the nature of the right, is the degree to which the limitation furthers other rights or policies of importance in a free and democratic society proportionate to the extent of the limitation of the right?
- Is there a rational connection between the limitation of the right and the objective of the law?

Applying this analysis, discrimination on the basis of age (mandatory retirement policy) has been found to be justified under section 1 (see discussion below, "Section 15"). The appropriate balance between individual rights and social objectives under section 1 may shift, however, as the social context of attitudes, beliefs and values changes and develops. For this reason and in this way more recent case law has found that mandatory retirement is no longer "saved" by section 1, for example.

B. Section 32: Scope of Application

The Charter is also limited in scope of application, applying to the decisions and actions of government and government entities only.[20] The Charter does not apply to the actions of private entities (to which provincial human rights legislation applies).

The distinction between private and public entities is not always self-evident. A hospital, for example, may be a public or government entity with regards to certain kinds of decisions and actions, and a private actor with regards to other kinds of decisions or actions. Public actions and decisions must comply with the rights guaranteed by the Charter. Private actions and decisions are not subject to Charter review.

Two decisions of the Supreme Court of Canada concerning the equality rights guaranteed by section 15 illustrate this distinction. The issue in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*[21] was whether Vancouver General Hospital's mandatory retirement policy violated the equality rights guaranteed by section 15 (discussed below) by discriminating on the basis of age. The Court concluded that the hospital's retirement policy could not be subjected to a Charter review as the hospital was not a government entity. In the subsequent case of *Eldridge v. British Columbia*[22] (also discussed below) the Supreme Court concluded that a hospital's provision and delivery of medically necessary services *was* subject to Charter review. The issue in that case was whether the failure to provide interpretation services to deaf patients violated the patients' equality rights guaranteed by section 15. Publicly provided health services were a "comprehensive social program" provided by the government;[23] the government had chosen to implement that program through the hospitals. When hospitals exercised their authority (conferred by legislation) to make decisions about service provision, they were acting as vehicles for implementation of that government program. The hospital's retirement policy was, in contrast, an internal and "private" (as opposed to public) management matter.

Legislation must always be consistent with the *Charter*. In *McKinney v University of Guelph*[24] (discussed below) for example, the Supreme Court of Canada considered the

question of whether Ontario's *Human Rights Act* discriminated on the basis of age (in violation of section 15) by excluding persons over 65 in its provisions regarding employment discrimination. That case concerned a university's mandatory retirement policy; the Court concluded that the university was a private entity and so the *Charter* did not apply, although it went on to consider the section 15 issue regardless. The human rights legislation under consideration was discriminatory and therefore violated section 15 , but was "saved" (see discussion below) by section 1 (that legislation has since been amended, and age is no longer excluded).

Even where a public body is not involved, as in cases concerning private nursing homes or care facilities, practices should be consistent with Charter values, on the basis that the Charter enshrines fundamental social values and generalised ideas of justice and fairness.

C. Section 33: The Notwithstanding Clause

Both Parliament and provincial legislatures have a limited power under section 33 to pass laws that are exempt from certain Charter provisions – those concerning fundamental freedoms and legal and equality rights. This section is sometimes referred to as the "notwithstanding clause".

In order to rely on this section, Parliament or a legislature must state specifically that a particular law is exempt from the Charter. It must also state which sections of the Charter do not apply. An exemption from the Charter lasts a maximum of five years. After that, if Parliament or the legislature concerned wishes it to continue to be exempt from the Charter, it must make a new declaration under this section.

The purpose of this section is to require a government that wishes to limit Charter rights to say clearly what it is doing and accept the political consequences of doing so.

It also ensures that Parliament and the legislatures, not the courts, have the final say on important matters of public policy. If, at a certain point, the rights in the Charter no longer reflect Canadian values, then democratically elected bodies like Parliament and the legislatures can make laws that are not bound by the Charter.

To date, provincial legislatures have used this section rarely. It has never been used by the federal Parliament.

D. *Charter* Protected Rights and Freedoms

The Charter provisions regarding equality (section 15), liberty and security of the person (section 7), and arbitrary detention (sections 10 and 12) are especially relevant to substitute decision making and responses to elder abuse and exploitation, the focus subject areas in this Report.

1. Section 15

The equality rights guaranteed by section 15 will be of obvious relevance to the development of anti-ageist legislation. It is important to note that discrimination is permitted where justified under section 1, and also where it is used as a factor in designing programs, activities or laws that are intended to ameliorate disadvantage (under subsection 2) as where benefits are conferred on individuals over the age of 65, for example.

Section 15 guarantees equal protection and benefit of the law without discrimination:

> **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
>
> (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The grounds listed in section 15 are known as the "enumerated grounds." The section has been interpreted as prohibiting (subject to section 1) discrimination on the basis of characteristics analogous to the enumerated grounds, in addition to the enumerated grounds themselves.

Age is an enumerated ground, but the Supreme Court of Canada has described age as different, in significant ways, from other enumerated grounds:

> [U]nlike race, religion, or gender, age is not strongly associated with discrimination and arbitrary denial of privilege. This does not mean that examples of age discrimination do not exist. But age-based distinctions are a common and necessary way of ordering our society. They do not automatically evoke a context of pre-existing disadvantage suggesting discrimination and marginalization under this first contextual factor, in the way that other enumerated or analogous grounds might…. The fact that '[e]ach individual of any age has personally experienced all earlier ages and expects to experience the later ages' (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 52-54) operates against the arbitrary marginalization of people in a particular age group. Again, this does not mean that age is a "lesser" ground for s. 15 purposes. However, pre-existing disadvantage and historic patterns of discrimination against a particular group do form part of the contextual evaluation of whether a distinction is discriminatory.[25]

a) Discrimination

Differential treatment on the basis of one of the enumerated or analogous grounds will not, in every instance, be discriminatory. The nature of discrimination was explained by the Supreme Court of Canada in the case of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*:[26]

> [T]he purpose of section 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect, and consideration…. Human dignity … is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment based upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity… concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?[27]

Law involved a claim by a 35 year old widow that she had been discriminated against because she did not qualify for Canada Pension Plan survivor benefits available to persons 45 years or older. The Supreme Court held that this age based distinction was not discriminatory, and so did not violate section 15. Discrimination on the basis of age, where it existed, is most likely to affect "people of advanced age who are presumed to lack abilities that they may in fact possess."[28]

b) Substantive equality

The equality rights guaranteed by section 15 have been interpreted as substantive, rather than formal rights. This means that a law applying in a uniform way which, in implementation, has a disproportionately negative effect on "enumerated" classes of persons will be in violation of section 15. As explained by McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*,[29] "accommodation of differences . . . is the true essence of equality".

In *Eldridge v. British Columbia*,[30] for example, a group of deaf patients asserted that their equality rights were infringed by the failure of the BC Medicare system to ensure that sign language interpreters would be available during hospital visits and medical appointments. The policy was, on its face, an example of formal equality: everyone was treated in the same way, with the same access to medical services. However, by treating

the hearing impaired as if they were "the same as everyone else" and did not have particular requirements this formal equality had the effect of infringing the *substantive* equality of deaf patients; if a deaf patient is unable to communicate with a medical service provider, he or she does not have equal access to medical care.

c) Discrimination on the basis of age

Discrimination on the basis of age was considered by the Supreme Court of Canada in a number of decisions issued in 1990: *McKinney v. University of Guelph*;[31] *Stoffman v. Vancouver General Hospital*;[32] *Harrison v. University of British Columbia*;[33] *Douglas/ Kwantlen Faculty Assn v. Douglas College*.[34] All concerned mandatory retirement policies. Although the Court concluded in each case that the entity in question was private, it went on to consider the section 15 issue. The most complete discussion can be found in *McKinney*.

Giving the majority decision in that case, Justice LaForest concluded that, while discrimination on the basis of age was clearly prohibited by section 15, age was qualitatively different from the other enumerated grounds:

> …there is nothing inherent in most of the specified grounds of discrimination, e.g. race, colour, religion, national or ethnic origin, or sex that supports any general correlation between those characteristics and ability. But that is not the case with age. There is a general relationship between advancing age and declining ability… Racial and religious discrimination and the like are generally based on feelings of hostility or intolerance. The truth is, that while we must guard against laws having an unnecessary deleterious impact on the aged based on inaccurate assumptions about the effects of age on ability, there are often solid grounds for importing benefits on one age group over another in the development of broad social schemes and in allocating benefits.

Justice Wilson took a different approach to the question of discrimination. The mere fact of an age-based distinction did not establish prejudice but "compelled" the following questions:

> Was there prejudice? Did the mandatory retirement policy reflect the stereotype of old age? Was an element of human dignity at issue? Were academics required to retire at age 65 on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity? The answer was clearly yes and section 15 was therefore infringed… Declining intellectual ability is a coat of many colours - what abilities, and for which tasks? The discrepancies between physical and intellectual abilities amongst different age groups may be more than compensated for by increased experience, wisdom, and skills.. Many an athlete is "washed up" by the age of 35… [h]owever many remain competitive well into their forties, while some younger athletes continue to strive for, but never attain, professional status.

The majority found that, although the policy was clearly discriminatory the limitation was "demonstrably justified in a free and democratic society" and therefore "saved" by section 1. Mandatory retirement was justified by its connection to the university system of employment generally and the tenure system in particular. Individuals working within that system had agreed to mandatory retirement as part of the employment bargain, getting return the significant advantages associated with an enriched working environment. Society generally also benefited from the system, which ensured both academic freedom and ensured that research remained fresh and "cutting edge" by regularly replacing older academics with younger ones (the other cases decided on this issue found the discrimination was justified under section 1 for similar reasons).

The majority also found that the exclusion of workers over the age of 65 from the protection of the Human Rights Code was, while discriminatory in effect (if not purpose), "saved" by section 1. Mandatory retirement was permitted, not required, by the legislation and served an important organizational function in the workplace

Mandatory retirement and section 15 were revisited by the Ontario Supreme Court in 2008 in *Association of Justices of the Peace in Ontario v. Ontario (Attorney General)*.[35] Crucially, the social context, including consciousness of ageism and its effects, had changed dramatically in the intervening years:

> [I]n the sixteen years since the Supreme Court of Canada's decision in *McKinney*, there has been a sea change in the attitude to mandatory retirement in Ontario, led by the efforts of the [Human Rights] Commission…. Ageism has been recognised by the Commission as an "insidious kind of discrimination having an impact on policies, programs, and legislation affecting large segments of society".[36]

Judicial interpretation of section 15 had also evolved during this period, and the threshold question of discrimination now had to be answered with reference to the analysis in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,[37] which explained discrimination as involving the violation of human dignity and freedom. Considering these factors in *Association of Justices of the Peace in Ontario v. Ontario (Attorney General)*, the court concluded that the distinction in this case (age-based retirement):

- Reinforced pre-existing ageist stereotypes;
- Was inconsistent with the actual needs, capacities and circumstances of the Applicants;
- That the ameliorative purpose of the impugned law did not make it any less discriminatory; and
- That the interest affected was profound - the Applicant's fundamental dignity.

> There is clearly a stereotypical application of preconceptions about age - that, without regard to their individual capabilities and needs, justices of the peace over 70 no longer have the mental acuity or the physical stamina to engage in their challenging work… mandatory retirement of justices of the peace, like mandatory retirement of university professors in *McKinney* and physicians in *Stoffman*, is based on the

stereotypical application of presumed group characteristics that serves to perpetuate the view that they are less deserving of respect in Canadian society."[38]

The infringement of section 15 could no longer be "saved" by section 1. Society's "appreciation of the insidious effects of age discrimination ha[d] expanded… improvements in medicine, physical and mental fitness and changed social attitudes have allowed people to make useful contributions to society well beyond the age that was once considered to be the time of retirement. The benefits to society can hardly be doubted."[39]

d) Section 15(2)

Section 15(2) provides that a law, program or activity with the objective of ameliorating disadvantages facing members of an enumerated or analogous group will not be discriminatory under section 15. Section 15(2) was explained by the Supreme Court of Canada in *Lovelace v. Ontario* as "confirmatory" of and supplementary to subsection 1, rather than providing a "defence or exemption"; laws or programs intended to ameliorate disadvantage would not negatively affect the "human dignity" of the affected group and so would not violate the rights guaranteed by section 15.[40] The Court did not rule out the possibility that s. 15(2) could be considered independently in a future case and, indeed, the interpretation of s. 15(2) was revisited by the Court in *R. v. Kapp*.[41] The issue in that case was whether the federal government's Aboriginal Fisheries Strategy was discriminatory under section 15 and, if so, the impact of section 15(2). Referring to the "exemptive" and "interpretative" approaches to section 15(2) described in *Lovelace*, the Court identified a "third option":

> if the government can demonstrate that an impugned program meets the criteria of s. 15(2), it may be unnecessary to conduct a s. 15(1) analysis at all. As discussed at the outset of this analysis, s. 15(1) and s. 15(2) should be read as working together to promote substantive equality. The focus of s. 15(1) is on *preventing* governments from making distinctions based on enumerated or analogous grounds that have the effect of perpetuating disadvantage or prejudice or imposing disadvantage on the basis of stereotyping. The focus of s. 15(2) is on *enabling* governments to pro-actively combat discrimination. Read thus, the two sections are confirmatory of each other. Section 15(2) supports a full expression of equality, rather than derogating from it. 'Under a substantive definition of equality, different treatment in the service of equity for disadvantaged groups is an expression of equality, not an exception to it': P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 55-53.[42]

2. Section 7

Section 7 guarantees the right to life, liberty and security of the person:

> **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.
>
> "The analysis of s. 7 of the Charter involves two steps. To trigger its operation there must first be a finding that there has been a deprivation of the right to "life, liberty and security of the person" and, secondly, that that deprivation is contrary to the principles of fundamental justice."[43]

a) "right to life, liberty and security of the person"

Autonomy

The right to liberty includes the right to make fundamental personal decisions in addition to freedom from physical constraint and interference with physical freedom. Liberty includes the right to an irreducible sphere of personal autonomy regarding matters that "can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they might implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence."[44] Within that sphere, individual choices must be free from state interference. The Supreme Court of Canada has also held that the "security of the person" protected by section 7 includes an individual's "psychological integrity"[45] where the interference is sufficiently serious.

The security rights protected by section 7 include the right to make decisions regarding one's own medical treatment. [46] Where a person is no longer capable of making his or her own wishes known, previously expressed wishes (while capable) must be taken into account in order to preserve, in so far as possible, this autonomous sphere.[47] Both the *Substitute Decisions Act* and the *Health Care and Consent Act* in Ontario seek to maximise personal autonomy for persons who are currently incapable by allowing for prior expressed wishes, values and beliefs to guide substitute decision as follows:

- a substitute decision for an incapable person must take into account prior expressed wishes applicable in the circumstances when making a decision on behalf of the incapable person;[48] and

- where there is no prior expressed wish applicable in the circumstances the substitute decision maker must make a decision in the best interests of the incapable person, which will include considering prior expressed wishes generally (that do not apply directly to the decision in question), the values and beliefs of the incapable person, the general benefit of the treatment to the proposed person and whether any less intrusive alternative is available.[49]

Section 7 will also be relevant in the context of legislation applying to elder abuse and exploitation. Inquiries into a potentially abusive situation may be interpreted as an intrusion into the individual's sphere of autonomous decision making and independence,

and so an infringement of the personal security protected by section 7. Unless an adult person is mentally incapable they are considered responsible for reporting and accessing help regarding any abuse (outside of a criminal offence) that they may be experiencing[50] in the absence of mandatory reporting laws. Orders restricting a respondent's rights made pursuant to adult protection or domestic violence legislation (emergency protection orders for example) may also be considered to infringe the respondent's section 7 rights, although the infringement may be considered to be justified under section 1.[51]

Dignity

Section 7 has been interpreted as *not* including "a generalized right to dignity", although "respect for the inherent dignity of persons is… an essential value in our free and democratic society which must guide the courts in interpreting the *Charter*."[52] Dignity will be an important conisderation in the determination of best interests, where a person is no longer capable and where no prior expressed wishes are directly appliable in the situation. This situation is "more complex" than a situation in which known prior wishes directly apply; it is unknowable whether the person would have consented to the particular treatment "[y]et, respect for the dignity and welfare of an incapable person may require that person to be treated."[53] The Ontario Consent and Capacity Board considered the significance of dignity in *Re E.J.G.*, [54] finding "guidance" in the following passage from the decision of the House of Lords in *Airedale NHS Trust v. Bland.*[55]

> The medical and nursing treatment of individuals in extremis and suffering from these conditions (persistent vegetative state) entails the constant and extensive handling and manipulation of the body. At some point, such a course of treatment upon the insensate patient is bound to touch the sensibilities of even the most detached observer. Eventually, pervasive bodily intrusions, even for the best motives, will arouse feelings akin to humiliation and mortification for the helpless patient. When cherished values of human dignity and personal privacy, which belong to every person living or dying, are sufficiently transgressed by what is being done to the individual, we should be ready to say: enough.[56]

The substitute decision maker does not "stand in the shoes" of the incapable person, and respecting the incapable person's decision making rights under section 7 does not require deference to the substitute decision maker with regards to best wishes; "[t]he S.D.M. is important but only as part of a statutory regime which, by its terms, tries to respect an incapable person's well-being and dignity where that person's consent or refusal to treatment cannot be established."[57] Where there is a conflict between the substitute decision maker and the treating physician regarding a person's best interests in the medical context, the Review Board will hear submissions from all parties and make a decision that will be consistent with the person's rights to autonomy and with his or her dignity and well being. [58]

b) "the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice"

Section 7 provides that an individual *can* be deprived of his or her right to "life, liberty and security of the person" but only where this is done in accordance with the "principles of fundamental justice." This allows the state to incarcerate individuals of criminal offences, for example, but only where that incarceration follows procedures that are consistent with the "principles of fundamental justice."

The "principles of fundamental justice" have been given some definition and explanations by the courts. They are the "basic tenets of our legal system," with both procedural and substantive dimensions,[59] and must meet the following criteria:

1. The principle must be a legal principle.
2. The principle must be vital or fundamental to societal notions of justice.
3. The principle must be capable of being identified with some precision.[60]

The principles of fundamental justice have both a procedural and a substantive aspect. Procedural principles include the right to full and proper disclosure[61] and the right to silence.[62] Substantive principles include the subjective *mens rea* or "guilty mind" requirement for a conviction of murder.

This aspect of section 7 will be relevant in all situations involving a potential loss of liberty and security rights, including capacity assessments generally (which may result in a loss of personal decision making authority) and capacity assessments preceding care facility admission in particular. In *Saunders v. Bridgeport Hospital*, for example, the court found that a person should be informed that a capacity assessment, for the purposes of determining admission to a care facility, is going to be undertaken (and the significance of that assessment) as a matter of procedural fairness.[63]

Section 7 rights must be realistically realisable in situations where the individuals who are in fact most likely to be at risk, with regards to their section 7 rights, are less likely (*vis a vis* "mainstream society") to be able to independently protect and enforce those rights. In the substitute decision making context, discussed below, and, in particular, substitute decision making relating to care facility admittance, a robust system, for independent review of decisions, including both an independent review body and accessible independent advocacy, is essential to this objective.

3. Section 9

Section 9 protects the right of an individual not to be arbitrarily detained or imprisoned. Although section 9 is considered most frequently in the criminal law context, as opposed to the civil, it has been considered in the context of mental health and (unsuccessfully) with regards to child protection proceedings. Section 9 will have obvious relevance to a substitute decision to place an individual in a care facility or nursing home, where the legislative criteria on which that decision is made can be shown to be arbitrary.

a) Detention

Detention under both section 9 and section 10 of the Charter was defined by the Supreme Court of Canada in *R. v. Grant* as a "suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply."[64]

The question of whether section 9 could apply to "detention" under child welfare legislation was considered in the recent (2006) case of *C.H.S. v. Alberta (Director of Child Welfare*).[65] No authority was provided for the point, and the court determined that being apprehended by child welfare was neither a punishment nor a detention, and the section 9 argument was not permitted on the basis that it could have no prospect of success.

b) Arbitrary

Detention is defined as "not arbitrary where there are "standards that are rationally related to the purpose of the power of detention."[66] The rights protected by section 9 are a particular manifestation of the general principle articulated in section 7, that a person's liberty is not to be curtailed except in accordance with the principles of fundamental justice.[67] Section 9 serves to protect individual liberty against unlawful state interference. "A lawful detention is not arbitrary within the meaning of s. 9 unless the law authorizing the detention is itself arbitrary. Conversely, a detention not authorized by law is arbitrary and violates s. 9." [68]

Section 9 may be applicable where a person is "involuntarily committed" to a care facility or nursing home and where the criteria for committal is found to be vague and overly broad. The applicability of section 9 in the context of involuntary committal and mental health legislation was considered in *Thwaites v. Health Sciences Centre Psychiatric Facility*, with the court ruling that the criteria for involuntary committal contained in the legislation was vague and overly broad, and therefore arbitrary. [69] The criteria at the time required that a medical practitioner, having examined the patient, state his or her opinion that the "person should be confined as a patient of a psychiatric facility." Manitoba's *Mental Health Act*[70] was amended following *Thwaites*, and the criteria for involuntary admission are now stated as follows, to require that a person:

a) is suffering from a mental disorder;

b) because of the mental disorder,

(i) is likely to cause serious harm to himself or herself or to another person, or to suffer substantial mental or physical deterioration if not detained in a facility, and

(ii) needs continuing treatment that can reasonably be provided only in a facility; and

c) cannot be admitted as a voluntary patient because he or she refuses or is not mentally competent to consent to a voluntary admission.

The provision survived a subsequent constitutional challenge, with the court finding that the amended "test" answered the concerns raised in *Thwaites* regarding the "arbitrariness" of the procedure prior to amendment.[71] A similar provision pertaining to involuntary commitment under British Columbia's *Mental Health Act* also withstood a section 9 challenge in *McCorkell v. Riverview Hospital Review Panel*.[72] The decision in that case emphasised the importance of a contextual analysis of *Charter* protected rights, taking into account the particular purpose and objectives of mental health legislation which were distinct from those in the criminal law context (the context in which the rights protected by section 9 would most often be interpreted). In this context, standards for committal must "strike a reasonable balance between the rights of the individual to be free from restraint by the state and society's obligation to help and protect the mentally ill… [u]nlike incarceration in the criminal justice system, involuntary committal is primarily directed to the benefit of the individual".[73]

4. Section 10

Section 10 protects the right, on arrest or detention to be:

- Informed promptly of the reasons therefore
- Retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right
- To have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

Violation of rights protected under section 10, 12 and 15 of the *Charter* were raised in *Saunders v. Bridgepoint Hospital*,[74] concerning committal to a care facility following a finding that the plaintiff was not capable of making the decision. The court declined to consider the *Charter* violations in that case, but noted that the plaintiff's "non-consensual detention" in a care facility "enforced by threat and intimidation" was "relevant" to the Court's decision that Mr. Saunders was capable of consenting to admission to a care facility.

5. Section 12

Section 12 guarantees the individual's right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment. The extent or degree to which "cruel and unusual treatment or punishment" will apply in a non-penal/non-quasi-penal context was considered in *Rodriguez*,[75] specifically, the definition of "treatment" at the hands of the state for the purposes of section 12. The Court observed that section 12 had been considered in cases involving deportation,[76] and medical care imposed without consent on mentally ill patients,[77] both non-criminal contexts, while noting the decision in *Re McTavish and*

Director, Child Welfare Act,[78] in which it was held that s. 12 "was not intended to extend to medical treatment and may even be restricted to penal or *quasi*-penal matters". For the purposes of the challenge in *Rodriguez*, the Court concluded that "a mere prohibition by the state on certain action, without more, cannot constitute "treatment" under s. 12," while "assuming" for the purposes of the analysis, that "'treatment' within the meaning of s. 12 may include that imposed by the state in contexts *other than* that of a penal or quasi-penal nature." Beyond this, the scope of treatment in section 12 has not been definitely determined. Once "treatment" or "punishment" has been established, the standard for "cruel and unusual" is that the treatment or punishment be "so excessive as to outrage standards of decency."[79]

E. Summary

Consistent with the post-*McKinney*, post- *Law* approach to age discrimination and section 15 (as described in *Association of Justices of the Peace in Ontario v. Ontario (Attorney General)* the evaluation of age-distinction in law or policy for consistency with section 15, involves the following questions:[80]

- Is there prejudice?
- Does the policy or legislation in question reflect the stereotype of old age?
- Is an element of human dignity at issue?
- Is the policy or legislation based on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity?

Where substitute decision making and/or protective legislation specifies (old) age as a factor, these questions will be relevant.

Section 7 requires that legislation relating to substitute decision making and to protection from abuse and exploitation must be structured to ensure that independence and autonomous decision making are respected and enabled while physical integrity and dignity are also adequately protected.

Sections 9, 10 and 12 may apply in the nursing home/care facility context, depending on the applicable legislation and interpretation of both "treatment" and "outraging the standards of decency" in this context. It is important to note that care facilities, and care facility residence, are not considered "health care" for the purposes of either universal medical care insurance coverage or the *Canada Health Act*,[81] and this status will be relevant to any analysis of these sections in the care facility context.

IV. Substitute Decision Making

A. Substitute Decision Making in Ontario

1. Current legislation in Ontario: *Health Care Consent Act 1996*[82] and *Substitute Decisions Act 1992*[83]

In 1992, Ontario codified the common law of informed consent in three separate but interrelated statutes, the *Consent to Treatment Act*,[84] the *Substitute Decisions Act*,[85] and the *Advocacy Act*.[86] This legislative package was substantially amended in 1996 when the *Consent to Treatment Act* and the *Advocacy Act* were repealed, the *Substitute Decisions Act* was amended, and the *Health Care and Consent Act, 1996* was enacted. The *Substitute Decisions Act* applies to both court appointed personal and property guardianship and to powers of attorney. The *Health Care Consent Act* applies to health care decisions generally, and applies to both the patient who is not incapable and to the substitute decision maker. The *Health Care Consent Act* also provides for when a person lacks capacity and requires a substitute decision maker for a health care decision, and sets out a hierarchy of substitute decision makers where one has not been appointed under the *Substitute Decisions Act*. The Act applies to care facility admission (not including hospitals or mental health facilities), in addition to administration of medical treatment and the provision of personal assistance services.[87]

Together, the *Substitute Decisions Act* and the *Health Care Consent Act* provide a markedly comprehensive framework for substitute decision making in Ontario. Key components of the system are discussed below. [88]

a) Principles and Procedures: Maximising Autonomy and Participation

Both the *Substitute Decisions Act* and the *Health Care Consent Act* provide for the principles and procedures to be followed in appointing substitute decision makers, and in making substitute decisions and, where necessary, in making decisions on the basis of the best interests of the incapable person. The principles and procedures to be followed in all contexts are intended to maximise personal autonomy and involvement in decision making, even after the loss of capacity, by requiring that applicable previously expressed (while the person was capable) wishes be considered by the substitute decision maker. Decision makers are also required to take into consideration the wishes of the incapable person (while incapable) where relevant. The *Substitute Decisions Act* requires the Public Guardian and Trustee to investigate situations in which an allegedly incapable person may have suffered adverse effects to their person or property.

b) Graduated Approach to Capacity/Decision Making

Consistent with the modern approach to adult guardianship that requires the "least restrictive, intrusive, stigmatizing and depowering mode of intervention necessary to meet an adult's needs, which reflects an adult's wishes to the maximum possible degree,"[89] the *Substitute Decisions Act* and the *Health Care Consent Act* take a *graduated* approach to capacity and decision making (a person may be fully capable of making some kinds of decisions independently, while requiring assistance with other kinds of

decisions or requiring a substitute decision maker for certain kinds of decisions) as opposed to the global approach (a person is either capable or incapable), and recognises that capacity may change over time. The graduated approach is also consistent with capacity as it is defined in the common law. Capacity is defined in the legislation, as is the process through which capacity must be assessed.

c) Capacity Assessment

The question of who evaluates capacity is decision dependent: the answer will turn on the kind of decision in issue, and whether the legislation specifies that a particular type of assessor or evaluator must make the determination. If no particular assessor/evaluator is specified, the common law rules applying to capacity assessment will apply.[90] In all cases, a person must be informed of the right to have the finding reviewed by the Capacity and Consent Board.

Regarding health treatment, the health practitioner proposing the treatment is responsible for assessing the capacity of the patient to consent to that treatment.[91] The *Health Care Consent Act* also specifies that capacity to consent to enter into a care facility must be determined by an "evaluator," defined in section 2(1) of the Act.[92] "Capacity assessors" must be used to assess capacity for the purposes of statutory guardianship of property, and to "trigger" a continuing power of attorney for property or for a power of attorney for personal care unless an alternate "triggering" evaluation has been specified in the document. Capacity assessors *may* be used to determine capacity in other situations, outside of the health context. The *Substitute Decisions Act, Regulation 460/05* sets out the necessary qualifications of "capacity assessors" for the purposes of the Act. Capacity assessors must follow the "Guidelines for Conducting Assessments of Capacity."[93]

The *Substitute Decisions Act* specifies that a person must be informed that a capacity assessment is being carried out, and the possible consequences of that assessment must be explained.[94] No similar provisions exist in the *Health Care Consent Act*, but the courts have found that principles of procedural fairness require that an individual be given this information.[95]

d) Consent and Capacity Board

Individuals can ask that a finding of incapacity or a decision be reviewed by the Consent and Capacity Board. A treating physician, for example, may request a review of a substitute decision maker's decision, or the substitute decision maker or person assessed may request a review. Where there is a conflict and the person is no longer capable, with no prior applicable expressed wishes, the Board will determine the decision that will be in that person's best interests. Parties appearing before the Board are entitled to legal representation; where a person whose capability is in issue does not have legal representation, the Board may direct the Public Guardian and Trustee to arrange for it to be provided.[96]

A review of the decisions of the Consent and Capacity Board, and Supreme Court reviews of decisions, reveals that the Board provides a significant safeguard. The decisions of the Board, which may be appealed to the Supreme Court, have also generated an important body of case law interpreting the legislation and bringing greater clarity to its operation.

2. Evaluation

a) Does the legislation reflect negative ageist stereotypes and/or paternalistic attitudes (explicitly or implicitly)? Is the policy or legislation based on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity?

The legislation is "age-neutral" in the sense that age is not explicitly identified as a factor in, or potential cause of, mental incapacity. Three of the key components discussed above - principles and procedures intended to maximise autonomy and contribution; a graduated approach to capacity and decision making; and the review powers of the Capacity and Consent Board - are actively non-paternalistic and consistent with the autonomous decision making rights guaranteed by section 7 of the *Charter* (see discussion under "*Canadian Charter of Rights and Freedoms*").

b) Are there sufficient mechanisms provided for by the legislation to prevent or protect against the legislation being implemented in an ageist manner (including the acting-out of individual ageism, given the prevalence of ageist attitudes)?

In its response to the Law Commission consultation, the Advocacy Centre for the Elderly (ACE) identified "Good Law, Bad Practice" as a "common theme with respect to the administration of the law as it applies to older adults, particularly in the health sector."[97] Changes to the legislation itself were not necessary; what needed to be addressed was the *implementation* of that law. Several reasons were identified as responsible for inadequate compliance with the law governing substitute decision making in the health care sector:

- Individual internalisation of social stereotypes and paternalistic attitudes regarding older adults as persons to be "done to" rather than persons in control of their own decisions;

- Prioritisation of administrative interests and efficiency over individual decision making regarding treatment;

- Mis-information about the law (and its requirements) in the area (use of misleading or unclear forms exacerbate this problem); and

- Professional associations (responsible for dealing with complaints) may not understand the legal requirements regarding consent.

The result was that the rights of older adults and their substitute decision makers to consent or not consent to treatment, provided for in the legislation, were regularly abrogated in practice. To address the problems in implementation, ACE recommended:

- training and education about the law and about avoiding stereotypical attitudes (on an ongoing basis and in faculties of medicine, nursing and social work);

- a review of the *Regulated Health Professions Act* (to determine whether an alternative to traditional disciplinary procedures "after the fact" regarding failure to obtain consent to treatment was feasible); and

- examination of the statutory requirements regarding rights advice; rights can only be enforced where individuals are aware of those rights, and *how* to enforce them.

The Ontario Bar Association (OBA) in its submission to the Commission also identified underlying stereotypical and paternalistic attitudes on the part of individuals implementing substitute decision making legislation as a significant issue. Those attitudes contributed to a misunderstanding of incapacity and older adults. "Strong policy statements… that ageism, sexism, discriminatory practices and stereotyping has no place in our society" were needed.[98] The OBA response also noted the following specific concerns with the application of the *Substitute Decisions Act* to older adults, including: [99]

- The adversarial nature of the court process, requiring allegations of incapability, "polarizes positions" and "exacerbates conflict and strips the respondent of dignity";

- Costs of the court process mean that many allegedly incompetent persons are unable to afford representation by counsel, despite the significance of the matter;

- Non-timeliness of the process;

- Inappropriateness of remedies available through the court process;

- The duties of a substitute decision maker to follow the incapable elderly person's earlier wishes are not well understood and can be difficult to follow in practice;

- Unavailability of alternative dispute resolution processes;

- Applications regarding capacity were frequently motivated by other issues such as family conflict, or financial needs. The "real motivating issues… are frequently obscured by the focus on 'capacity' in the law and legal processes. The primary focus of these processes should be needs-based, addressing the social relationships of the person, how the people in those relationships are interacting with each other, and the best plan for that person and his or her finances or living arrangements;

- The potential for misuse of powers of attorney, and practices in care facilities and hospitals that tend to exacerbate misuse (many care facilities encourage personal powers of attorney, and attribute inappropriate decision making power to them);

- Older adults are frequently pressured by family members and by health professionals.

The OBA submission highlights the importance of the family context in which many substitute decision making matters involving older adults take place. "When the *Substitute Decisions Act* and *Health Care Consent Act, 1996* were passed into law they did not anticipate the degree to which these laws would be applied in the context of 'high conflict' families. A significant number of court applications now involve substitute decision making for incapable adults and pit family members against each other. The legislation was never intended to address conflicts of this degree and type, and the current processes do not lend themselves to timely or appropriate resolutions."[100] The OBA recommended that providing for alternative dispute resolutions would address this issue, providing a more suitable mechanism for resolving disputes in this context.

c) Does the legislation respond appropriately to the real needs of older persons as a group (understanding that older adults are extremely diverse), recognising that older adults generally are situated differently from younger people and have different needs?

Substitute decision making legislation must provide, pro-actively, for mechanisms that will facilitate participation in the process, to the greatest extent possible, by the person whose decision making capacity is in issue. Pro-active mechanisms in this context mean the availability of independent advocacy services, as originally contemplated when the legislative package was introduced by the Ontario government in 1992. The current process for accessing the Capacity and Consent Board is not sufficiently pro-active, and nor is it suitable for high-conflict family situations. The particular vulnerability of older adults who become involved with this system makes a more passive approach unrealistic for many of the individuals concerned. Vulnerability is not exclusive to older adults interacting with the legislation, but for older adults that vulnerability will be emphasised or increased as it connects to social stereotypes and attitudes (older adults are "doddery" and can't be trusted to make reasonable decisions; family members know what's best for their older relatives; medical professionals always know the right thing to do; the institutional interests of the care facility are more important than the opinions of residents). In this respect, the law does not adequately take the needs of older adults into account.

The Advocacy Centre for the Elderly also noted a specific gap in Section 20(1) of the *Health Care Consent Act*, which sets out the hierarchy of substitute decision makers for people found incapable of making decisions regarding treatment, care facility admission and personal assistance services. "Section 20(2) states that an SDM must be 'capable

with respect to the treatment'; this provision often affects older spouses who are found incapable of giving consent for their spouse. There is no mechanism for reviewing this determination."[101]

3. Summary

The system or scheme created by Ontario's substitute decision making legislation is non-ageist, and does a good job of protecting the individual's rights; balancing the individual's rights to autonomy in decision making with the individual's rights to physical dignity and integrity, not to be subjected to prolonged suffering or denied treatment. The implementation of that legislation is, however, problematic; rights that cannot be effectively exercised are rights "in the air" (as opposed to rights on the ground). Older adults who become engaged with substitute decision making, under either the *Substitute Decisions Act* or the *Health Care Consent Act*, will be in a vulnerable situation; entrenched ageist attitudes and stereotypes among professionals implementing the legislation will increase that vulnerability and the likelihood that autonomy will not be respected. The frequently high-conflict family context in which the legislation is implemented also increases the likelihood that substitute decision making will not occur in accordance with the guidelines set out in the legislation, but reflect conflicts and the interests of family members. As the submission of the Advocacy Centre for the Elderly shows, professionals and (possibly particularly) institutional staff may tend to make decisions that primarily meet institutional interests, in the absence of a strong counter-weight. These tendencies do not connote "badness" or selfishness, but reflect the coincidence of basic human tendencies to prefer decisions in one's own interests, where they can be plausibly justified, with the ageist social attitudes that provide that justification.

The Consent and Capacity Board does provide a venue for resolving disputes in this area, but access is forbiddingly difficult for many individuals in this situation. A system of advocates, under the *Advocacy Act*, was originally contemplated as a necessary complement to the substitute decision making legislative package in 1992, recognising that individuals subject to substitute decision making will almost certainly need an independent advocate to assist with navigating the system. The advocacy legislation was repealed in 1996. Furthermore, no meaningful recourse exists (from the allegedly incapable person's perspective) where treatment has occurred without consent.

B. Substitute decision making: Canadian legislative review

Legislation pertaining to substitute decision making relates to different kinds of decisions that are made in a number of different contexts. There is no inevitable scheme for organising the regulation of these forms of substitute decision making. The legislation in Ontario, for example, is relatively comprehensive, including provisions applying to powers of attorney (including the appointment of personal/health care proxies, or representatives) as a form of substitute decision making, in addition to court-appointed decision makers. Legislation in other provinces separates these categories of decisions

and decision makers (having separate legislation dealing with powers of attorney and court appointed guardians, for example). The *Decision-Making Support and Protection to Adults Act* in the Yukon is "umbrella" legislation that includes, in Schedule A, "Supported Decisions Making Agreements" (Part 1); "Representation Agreements" (Part 2); "Court Appointed Guardians" (Part 3); "Adult Protection" (Part 4). Schedule B includes the Care Consent Act [pertaining to health care decisions], and Schedule C the "Public Guardian and Trustee Act," which includes provisions for financial protection. The Yukon legislation is the most comprehensive substitute decision making legislation, and the principles underlying the "modern" approach to substitute decision making, discussed below, run throughout all parts of that legislation.[102]

1. Types of Substitute Decision Making Legislation

Legislation applying to these different kinds/contexts of substitute decision making may be classified as follows:

- **Court appointed guardianship legislation**: [103] Court appointed guardianship legislation sets out the procedure for appointing a guardian where no substitute decision maker has been designated while capable by a person who is now incapable (through a power of attorney or personal directive/representative document). Court appointed guardianship legislation will also set out the requirements for a finding of incapacity, which will necessarily precede such an appointment.

- **Power of attorney legislation**: [104] Powers of attorney are documents in which a person appoints another to make decisions on his or her behalf. Powers of attorney may be drafted so as to "spring" into effect on the happening of a pre-determined event, or may take effect immediately. Legislation enabling powers of attorney will set out the requirement for creating a power of attorney and may be very brief and general, simply providing that a person can appoint another to make decisions on his behalf with a power of attorney, or more complex, providing for the specific duties of people exercising a power of attorney, guidelines for exercising duties and powers, and protective measures directed to the misuse of powers of attorney. The section of Ontario's *Substitute Decisions Act* that deals with powers of attorney is an example of this more detailed approach.

- **Personal directive/representative legislation**: All provinces allow for a person, while capable, to appoint another person to make health care decision on their behalf in the event of incapacity. This issue may be dealt with in health care consent legislation of general application, or in specific legislation. [105] In Ontario, this role is incorporated within the personal power of attorney provided for by the *Substitute Decisions Act*. Personal or advance directives are the written wishes of a person to be followed in the event that he or she is later found to be incapable. Of course, anyone can write down wishes of this kind; statutory provisions dealing with advance directives clarify their legal effect. Advance directives have

been controversial, on the basis that they encourage rationing of medical care and the withholding of life saving measures for older adults. Provinces providing for advance directives in legislation include the Yukon's *Decision-Making Support and Protection to Adults Act* (applies also in Nunavut),[106] Alberta's *Personal Directives Act*,[107] Saskatchewan's *Health Care Directives and Substitute Health Care Decision Makers Act*,[108] and Newfoundland's *Advance Health Care Directives Act*.[109] Ontario's *Health Care Consent Act* does not provide specifically for advance directives, but where an advance directive accurately describes the wishes of a person now incapable, where they have not been subsequently over-ridden, it will have the force of prior expressed wishes made in any other form.

- **Legislation applying to substitute decision making in the health care context:**[110] Many, but not all, provincial jurisdictions have legislation in place that applies particularly to decisions making in the health care context and will include, as one aspect of health care decision making, substitute decision making in the health care context. Health care decision making legislation may be more or less comprehensive, and may include provisions pertaining to proxy decision makers and or advance directives (see discussion above, under "Personal directive/representative legislation").

There is considerable diversity within these general categories between the provinces and territories. Appointment of a personal representative for health care decision making in Saskatchewan is governed by legislation directed to health care consent, for example, which also sets out a hierarchy of substitute decision makers where no representative has been designated.[111] In Alberta, by contrast, the *Personal Directive Act* provides for individuals to appoint substitute health care decision makers (in the event that the person becomes incapable), and the provision of the *Dependent Adults Act* pertaining to "treatment of incapable adults" (section 29) authorises treatment on the basis of the opinion of two doctors or dentists, as relevant; there is no additional health care consent legislation (and so no legislated "hierarchy" of decision makers in the absence of a designated decision maker). In Ontario, the categories of personal (court appointed) substitute decision makers and personal powers of attorney created by the *Substitute Decision Making Act* essentially fulfill the functions of personal representatives in some other provinces. Where no decision maker has been appointed or designated pursuant to that legislation, the *Health Care Consent Act* provides for a hierarchy of substitutes.

There is also considerable discrepancy in terms of comprehensiveness. While each province and territory has a statute dealing with powers of attorney, Manitoba has legislation governing *court appointment* of substitute decision makers in limited circumstances only: where a person has a mental disability that is manifest before the age of 18 (explicitly *excluding* incapacity developing in later life)[112] or where a person has been admitted to a mental health facility.[113] This contrasts significantly with the comprehensive scheme set out in Ontario's substitute decision making legislation. This structural diversity complicates the task of comparing "substitute decision making legislation" across Canada considerably.

2. Evaluation

Beginning in the 1970s[114] modern reform of adult guardianship legislation, replacing the older paternalistic "lunacy" model, began in Canada. The principles of modern adult guardianship legislation were described by Robert Gordon and Simon Verdun-Jones:[115]

> The legal and social relationship known as guardianship is an extreme form of interference in the life of an adult and should be used only as a last resort. It should involve the least restrictive, intrusive, stigmatizing and depowering mode of intervention necessary to meet an adult's needs, which reflects an adult's wishes to the maximum possible degree. The need for intervention, the level and form of intervention, and an adult's wishes should be ascertained through a multi-disciplinary capacity and needs assessment. If the need exists, the adult should be assisted by a competent and caring individual or agency, under a clear duty to follow a prescribed philosophy and fulfil prescribed tasks, appointed following a procedure consistent with the *Charter of Rights* in an accessible, friendly, but rigorous form.

These principles, discussed by Profs. Gordon and Verdun-Jones in the context of adult guardianship, apply equally in the context of substitute decision making more broadly, and may be defined as describing the "modern" approach to substitute decision making. Substitute decision making legislation in Ontario, Saskatchewan, the Yukon, and the Northwest Territories may be considered "modern" in this sense.[116]

Modern substitute decision making legislation, where it exists, provides far greater protection for the rights and freedoms of older adults as for any persons affected by it. The principles at the core of this approach, consistently implemented in practice, directly undercut ageist attitudes and stereotypes that dis-empower older adults. This opposition or tension between modern substitute decision making principles and entrenched social ageism makes the *implementation* of legislation embodying those principles a key issue. Individuals give effect to legislation, and many of those individuals must be assumed to have internalised prevailing attitudes about age and older adults. Legislation must be directive and explicit and provide for effective and accessible recourse and review.

a) Does the legislation reflect negative ageist stereotypes and/or paternalistic attitudes (explicitly or implicitly)? Is the policy or legislation based on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity?

Substitute decision making legislation generally does not explicitly mention or reference age as a "trigger" for incapacity. The question of implicit, underlying, paternalistic attitudes is more directly relevant in this context. Generally speaking, there is an inverse relationship between the modern approach to substitute decision making described above, which emphasis autonomy and circumscribed powers for professions and for substitute decision makers, and paternalism.

Actively non-paternalistic legislation must also anticipate, and provide for, decisions made on the basis of "best interests" in situations where an incapable person's applicable wishes, expressed prior to incapacity, are not known. Ontario's legislation, providing clear guidance to substitute decision makers in this situation regarding both health care decisions and substitute decisions outside the health care context, is an effective model of this kind of provision. Legislation in the Northwest Territories (*Guardianship and Trusteeship Act*) and the Yukon (*Decision-Making Support and Protection to Adults Act*) also refers explicitly to best interests, and the factors that substitute decision makers are required to consider in making that determination.

Court appointed guardianship

Substitute decision making legislation is not age specific and, generally, does not reference age. British Columbia's *Patients Property Act* provides an exception to this rule; "age" is given as a potential reason for the decline of mental capacity.[117] Manitoba's *Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act,* which provides for court appointment of a substitute decision maker for "vulnerable persons," specifically *excludes* older adults ("vulnerable persons" are defined so as to specifically exclude older adults whose impairment develops in later life). [118]

Legislation that actively counteracts paternalistic attitudes (that are likely to influence implementation, even where not articulated in the legislation itself) will incoporate the modern approach to substitute decision making described above. Ontario's legislation is an example of this approach, providing for the maximum possible participation in the decisions making process by the incapable adult and a graduated approach to capacity and assisted decision making, consistent with the right to "life liberty and security of the person" guaranteed by section 7 of the *Charter* (see discussion under "*Canadian Charter of Rights and Freedoms*"). Saskatchewan's *Adult Guardianship and Co-decision-making Act*, the Yukon's *Decision-Making Support and Protection to Adults Act* (applies also in Nunavut), and the Northwest Territories' *Guardianship and Trusteeship Act*, also incorporates this approach. Proposed legislation in Alberta and British Columbia will introduce the modern substitute decision making model in those provinces (although in British Columbia there has been some controversy regarding the appropriateness of co-decision making in the financial/property context). The current legislation in Alberta (the *Dependent Adults Act*) and British Columbia (the *Patients Property Act*), the *Infirm Persons Act* in New Brunswick, the *Disabled Persons' Estates Act* in Newfoundland and the *Incompetent Persons Act* in Nova Scotia employ a vague and generalised definition of capacity directed to general mental status ("infirmity" for example) rather than a graduated reference to specific decision making capabilities (the ability to understand and appreciate a particular category of decisions), and do not include provisions providing guidance to substitute decision makers in the exercise of their duties.

Power of attorney

Power of attorney legislation is not age specific and does not, unless specifically identified as a triggering event in a "springing" power of attorney, reference incapacity. Powers of attorney are of particular relevance to older adults to the extent that older adults, in anticipation of a possible future loss of capacity, will appoint a power of attorney to avoid the expensive and time consuming court appointed guardianship process, which may result in the appointment of a guardian that the individual would not, in fact, have chosen.

A "springing" power of attorney allows a person to choose in advance who their substitute decision maker will be in the event that he or she becomes incapable. The power of attorney creates a fiduciary relationship between the attorney (the decision maker) and the donor (the person creating the power of attorney), and the duties and powers of the attorney derive from the fiduciary principle, and the parameters of which are established by the fiduciary relationship. People exercising powers of attorney will be held to that fiduciary standard, whether or not those specific duties are set out in the applicable legislation. Providing some guidance about the content of those duties, for individuals who are unlikely to be familiar with fiduciary principles, makes it more likely that they will be exercised appropriately.[119]

Legislation permitting powers of attorney have traditionally been very simple, with none of the oversights that are provided for with regards to court appointment of guardians. One reason for this is that, historically, powers of attorney have become inoperable if the donor becomes incapable, with the result that donors will be able to supervise the arrangement themselves. As springing powers of attorney have become accepted, the question of what kinds of safeguards are necessary to prevent misuse of the substitute decision making power has come into focus. Where individuals are exercising powers of attorney of behalf of incapable donors, they will also benefit from clear guidance regarding the exercise of their duties, just as substitute decision makers in other contexts do.

Some have argued that more complex power of attorney legislation including specific duties and limited powers, and protections such as registration intended to minimise power of attorney abuse, infringe donor autonomy and privacy, and dissuade people from providing for their own substitute decision making process, making court appointed guardianship, a more invasive and controlling process, more likely.[120] On the other hand, it has also been suggested that greater oversight, including registration, allows for a more relaxed approach to capacity for creating a power of attorney, and so increases accessibility. Imposing "too high a standard of capacity" for the execution of a power of attorney would frustrate the intentions of many individuals actually seeking a power of attorney, as "in practice it is likely that many powers will be executed when symptoms of mental incapacity have begun to manifest themselves."[121] Considering the English statutory scheme in *Re K*, Lord Hoffman concluded that because the exercise of a power of attorney was "hedged about" with statutory protection, specifically registration, "too high a standard of capacity" was not required. Considering the question in *Egli v. Egli*,[122] the B.C. Court of Appeal concluded that, as no equivalent safeguards were present in British Columbia, a valid power of attorney required a higher level of capacity excluding

a greater number of potential donors, for whom court appointment of a substitute decision maker would become the only option.

The *Egli* point is an important one, contrasting sharply with the perception that increased protective measures incorporated into power of attorney legislation makes this private, relatively non-paternalistic option *less* available to would be donors. Evaluation of powers of attorney legislation is complicated by this dual analysis; given that powers of attorney are in themselves a less paternalistic approach to substitute decision making than the court appointment process, the question of their availability to would-be donors is an important point.

Personal directive/representative legislation

Directive and personal representative legislation is non-age specific and self-consciously non-paternalistic, enabling the individual to select his or her own proxy decision maker for health care decisions or "direct" decision through pre-expressed wishes.

Advance directives, while controversial, are considered by some to be an essential element of a non-paternalistic, autonomy enhancing, approach to substitute decision making in the health care context; in effect, by removing the need for "substitute" decision making at all, with the now incapable individual "directing" his or her care through the wishes expressed in the directive. Legislation enabling the appointment of "proxy" decision makers for health may be considered less paternalistic, as with substitute decision making generally, where the duties of the proxies to consider applicable prior expressed wishes are explicitly set out,[123] as opposed to a more generalised approach, enabling the appointment of a proxy decision maker with no further guidance.[124]

Legislation applying to substitute decision making in the health care context

Legislation in this area is, like adult guardianship, non-age specific and age is identified as a criteria or "trigger" for substitute decision making in legislation in any province.

Ontario's *Health Care Consent Act* works together with the *Substitute Decisions Act* where health decisions involve persons who are incapable; the two pieces of legislation are similar in many respects, providing for the same graduated approach to substitute decision making and incorporating principles and procedures that will maximise patient autonomy and participation in decision making, consistent with the *Charter* rights protected by section 7. As the *Substitute Decisions Act* can be considered to be a model of the "modern" approach to adult guardianship, Ontario's *Health Care Consent Act* can be considered a model in the area of health care substitute decision making, promoting patient autonomy and contribution as opposed to providing for a paternalistic "doctor knows best" approach on the part of health care providers.

Prince Edward Island's *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, British Columbia's *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*, the Yukon's

Decision-Making Support and Protection to Adults Act, which also applies in Nunavut and also proposed amendments to Alberta's *Personal Directives Act* also incorporate and embody the "modern" approach to substitute decision making found in Ontario's model.

b) Are there sufficient mechanisms provided for by the legislation to prevent or protect against the legislation being implemented in an ageist manner (including the acting-out of individual ageism, given the prevalence of ageist attitudes)?

Because of entrenched ageist attitudes on the individual and social level, legislation must be implemented so as to proactively promote the recognition of rights guaranteed by legislation, and ensure that substitute decision makers exercise their authority in accordance with the legislation.

Due to the fact implementation is largely about how legislation is carried out and interpreted, with difficulties arising where practice deviates from that legislation, problems with implementation will not, primarily be a function of the legislation itself, unless the legislation gives insufficient guidance about how it should be carried out, as where vague and generalised definitions of "capacity" are used, rather than decision-specific and graduated categories of capacit*ies*, or where the duties of substitute decision makers are not defined with sufficient detail. The analysis under the first evaluative question, "Does the legislation reflect negative ageist stereotypes and/or paternalistic attitudes (explicitly or implicitly)?" deals with these issues.

Adequate mechanisms for the review of decisions, such as Ontario's Consent and Capacity Board, is one aspect of legislation that is essential to the issue of implementation. In the most obvious sense, a (relatively) accessible process provides for greater opportunities for redress where the legislation has *not* been implemented correctly. The decisions of a specialised tribunal such as the Consent and Capacity Board also generate an important body of jurisprudence interpreting and adding meaning to the legislation, providing necessary guidance to the individuals who must implement the system. At present, only Ontario and the Yukon[125] have a process of this kind in place. In British Columbia Part 4 of the *Health Care (Consent) and Care Facility Admission Act*, which would have created a review board, has been repealed.

c) Does the legislation respond appropriately to the real needs of older persons as a group (understanding that older adults are extremely diverse), recognising that older adults generally are situated differently from younger people and have different needs?

Court appointed guardianship

Older adults are not per se incapable and are not, of course, in need of court appointed guardians by virtue of age alone. Older adults as a group are, however, especially likely to develop a loss of capacity (as opposed to conditions present from birth that affect capacity) as a result of non-psychiatric conditions. Legislation providing for court appointment of substitute decision makers in specific situations that do *not* include developed loss of non-psychiatric loss of capacity ignores, in effect, the types of capacity impairment that older adults are most likely to experience. Manitoba's *Vulnerable Persons Living with a Mental Disability* is legislation of this kind, excluding older adults whose impairment develops in later life. [126] Mental health legislation in the province (the *Mental Health Act*) [127] governs court appointment of a substitute decision maker where a person has been admitted to a mental health facility. Outside of these circumstances, two alternatives exist for the person who becomes incapable in later life: appointment of the Public Trustee (a time consuming and intrusive process) or by court order.[128] Neither include the protections provided by the legislation applying in situations less specific to/typical of older adults.

Power of attorney

Financial abuse through misuse of springing or enduring powers of attorney has been identified as a problem affecting a significant number of older adults, and is one form of "elder abuse."[129] Responding to the needs and circumstances of older adults includes addressing and providing for abuse/misuse. At the same time, as discussed above, it has been argued that powers of attorney must remain relatively simple with minimal burdens on persons exercising powers of attorney, who will most often be family members, and should not be too onerous, or individuals will be dissuaded from using powers of attorney to plan for future, potential, incapacity. The point from *Egli* and *Re K*, however, also discussed above, describes how greater oversight and protection from misuse actually increases the accessibility of the power of attorney given the reality that many people will actually want a power of attorney at a point when their capacity is beginning to diminish.

No province requires registration of powers of attorney, identified by Lord Hoffman as an important safeguard. Legislation discussed in the section on "Elder Abuse and Exploitation" identifies legislation that deals with financial abuse, that will address this issue outside of power of attorney legislation itself.

Personal directive/representative legislation:
Legislation applying to substitute decision making in the health care context

The most significant question regarding substitute decision making in the health context, whether by personal directive or representative or in more comprehensive health care and consent legislation, is whether or not consent to care facility admittance is specifically provided for. Care facility admittance should *not* be considered to be subsumed within "medical treatment" or "health care" generally; for most purposes (and in the *Canada Health Act*) care facility residence is excluded from the definition of health care. Nevertheless, admittance to a care facility in a situation involving a substitute decision

maker, a situation in which the individual may be unwilling to go, is made on the basis of a health related determination carried out by a medical professional and objectively qualifies as a "health" decision. As in *Ontario's Health Care Consent Act*, admittance to a care facility should be provided specifically for in legislation applying to substitute decision making in the health care context. Because substitute care facility admittance involves significant *Charter* issues - section 7, and also sections 9 10, and, possibly, 12, an accessible and timely review process is essential. Only Ontario and the Yukon provide for a Review Board at this time.

At the present time, only Ontario and the Yukon[130] have legislation in place dealing with care facility admission and, specifically, the question of consent to admission. Part 3 of British Columbia's *Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act*[131] that would deal with care facility admissions has never been proclaimed. In the absence of legislation, the most likely procedure will be committal under mental health legislation. The criteria for care facility admission should be distinct; a separate provision is needed.

3. Identification of benchmark Canadian legislation.

"Benchmark" legislation will incorporate the "modern" approach to substitute decision making, defining capacity with reference to decision making, as opposed to mental status; recognising graduated capacities; providing that decision making embody the wishes of the incapable person, to the greatest possible extent; clearly articulating the duties and powers of the substitute decision maker; and providing for an accessible, specialist body to review decisions in a timely manner. Provisions dealing with care facility admittance where a person is no longer capable, that incorporate the factors listed above, is essential.

Applying these criteria, legislation in Ontario and in the Yukon may be identified as benchmarks.[132] Each is relatively comprehensive, and provides a coherent approach to substitute decision making across the different forms or types of substitute decision making relationships. Crucially, legislation in the Yukon and Ontario provides for a Review Board and deals specifically with the key question of substitute consent to care facility admittance, an issue with particular relevance to older adults and which involves *Charter* protected rights. At present, Ontario and the Yukon are the only Canadian jurisdictions to do so.

A key difference between the Ontario and Yukon legislation is Part 1 of the Yukon Act, which deals with Adult Protection. As described in more detail below, these provisions have no analogue in Ontario.

V. Elder abuse and exploitation

"Elder abuse" has been recognised by governments in Canada and in jurisdictions such as Australia, the United Kingdom and the United States as a significant social problem requiring a legal response. The question of what form this response should take is a difficult one, and remains the subject of ongoing discussion and development.

Indeed, the very definition of "elder abuse" has been and remains controversial although some consensus has formed around identifiable categories and types of abuse:

> The lack of a generally acceptable definition has spawned a wide variety of definitions of abuse and neglect, which, to this day, still generates controversy and debate. Nevertheless, most would agree on three basic categories of abuse and neglect: (1) domestic elder abuse; (2) institutional abuse; and (3) self-neglect or self-abuse. Most would also agree on the major types of abuse—physical, psychological,[133] and financial abuse. Beyond this classification, however, there is little agreement.[134]

Elder abuse includes, but is not confined to, a number of *Criminal Code* offences where the victim is an older adult. Relevant criminal offences include theft; assault; sexual assault; false imprisonment; failure to provide the necessaries of life to a dependent; fraud; misappropriation of funds by a person in a position of trust; and theft by power of attorney (section 331). The sentencing provisions in section 718 of the *Criminal Code*, providing that evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate, based on age shall be deemed an aggravating factor for sentencing (718.2(a)(i)), are also important in this context. Section 718 also recognizes intimate partner abuse (718.2(a)(ii)) and abuse of a position of trust or authority in relation to the victim (718.2(a)(iii)) as aggravating factors.

The criminal law has unique and significant attributes as a response to elder abuse, but also important limitations. Treating instances of elder abuse as crimes, where the elements of the criminal definition are met, denotes the seriousness of the offence and the social opprobrium that attaches to it. The criminal law can also provide meaningful protection for victims by removing, restraining or incarcerating offenders and/or providing restitution.[135] Unless a relatively narrow definition of elder abuse requiring legal response is adopted, restricted to the elements of the offences set out in the *Criminal Code*, the criminal law alone may not be able to respond to the complexity of elder abuse, however. The "transactional model of crime that isolates and decontextualises violence… conceals the reality of an ongoing pattern of conduct occurring within a relationship characterised by power and control."[136] The criminal paradigm, and the criminal law, cannot provide a complete response to elder abuse.

Unlike some American states, no province currently has an "elder abuse" statute. The types of elder abuse referred to above fall within the scope and application of a range of statutes that may apply to older adults but are not specific to the older demographic. The applicable provincial legislation may be categorised as follows:

- **Domestic violence legislation** (applying in the family context and to physical, sexual and emotional/psychological abuse and, less frequently, material exploitation/financial abuse, depending on the particular statute in question).[137] The objective of domestic violence legislation generally is to "reduce and prevent family violence and facilitate legal protection for victims by providing speedy

civil remedies."[138] Intervention in cases of domestic violence (as provided for in the legislation) will be self-generated by the victim.

- **Adult protection legislation** (applying in the family and non-familial context, to physical, sexual and psychological abuse and to self-neglect, and to material exploitation/financial abuse depending on the particular statute in question).[139] Applicability is generally limited to adults who are incapable or who cannot otherwise access assistance independently. In New Brunswick, uniquely, protection for elderly and disabled persons is provided for in the *Family Services Act*[140] (which also provides for child protection). The primary objective of adult protection legislation is to connect individuals with social and medical services as necessary. Adult protection legislation, in contrast to domestic violence legislation, provides for intervention initiated by third parties.

- **Human rights legislation** (Article 48 of Quebec's *Charte des droits et libertés de la personne*[141] has been interpreted to provide broad protection to "aged and disabled persons" from exploitation). Unlike adult protection legislation generally, damages (as opposed to connection with services) are the available remedy. It applies in the family and non-familial context, to physical, sexual and psychological abuse and to self-neglect, and to material exploitation/financial abuse.

- **Institutional abuse legislation** (applying in the institutional context and, depending on the particular statute in question, dealing with physical, sexual and psychological abuse and to material exploitation/financial abuse).[142] Abuse is generally defined broadly. Institutional abuse legislation, like adult protection legislation, provides for intervention initiated by third parties.

Developing an anti-ageist approach to legislation has significance for elder abuse and exploitation in two distinct ways. Negative ageist attitudes and assumptions, on both the individual and the social level, contribute to elder abuse and exploitation. Existing legislation of general application such as domestic abuse violence or legislation that does not take the particular situation and needs of older adults into account is also ageist as it has the effect of excluding older adults from the scope of their protection. The legislation discussed below will be analysed with reference to both aspects of ageism.

A. <u>Current legislation in Ontario</u>

Ontario has relatively little legislation in any of the areas discussed above: no domestic abuse/violence legislation; no adult protection legislation; and no explicit/specific institutional abuse legislation. The "Residents' Rights" (including the "right to be treated with courtesy and respect and in a way that fully recognizes the resident's dignity and individuality and to be free from mental and physical abuse") and reporting provisions of

the Ontario legislation applying to nursing homes, charitable homes and rest homes are not "abuse legislation" in the same sense as the other statutes discussed in this section (and indeed do not include a definition of abuse) but are or may be applicable in abuse situations. [143] Similar to the institutional abuse-specific legislation considered here, the Ontario legislation creates a duty to report suspected abuse.

The *Substitute Decisions Act* creates a duty for the Public Guardian and Trustee to investigate where persons are alleged to be incapable and may suffer adverse effects to their person (s. 62) or property (s. 27). The Public Guardian and Trustee will act only where the person making the complaint is able to provide evidence of the alleged incapacity and the serious adverse effects which have occurred or may occur; in terms of response, the role of the Public Guardian and Trustee is to connect individuals with services.

The main thrust of Ontario's response to elder abuse has been non-legislative; the development of a comprehensive (not explicitly legal) strategy. In 2002, the government introduced a "Strategy to Combat Elder Abuse." The Strategy involves three main "planks":

- Coordination of community services;
- Training for front-line staff; and
- Public education to raise awareness

The "Strategy to Combat Elder Abuse" was developed by the Ontario Seniors Secretariat (OSS) and implemented by the OSS in partnership with the Ontario Victims Services Secretariat, Ministry of the Attorney General and Ontario Network for the Prevention of Elder Abuse. Elder abuse consultants promote and support efforts to address and prevent elder abuse, and act as resources to justice and community service providers.

The Strategy to Combat Elder Abuse also includes a "Prevention of Elder Abuse Policy and Program Lens," which provides a standardised approach to evaluating policies, practices, and programs to test their support for the rights, dignity and safety of older adults. The Ontario Network for the Prevention of Elder Abuse has also launched a province wide hot line to provide information, referrals, and support for abused and at risk seniors.

1. Evaluation

The key question is whether the non-legislative approach taken in Ontario is adequate to take into account the needs of older adults victimized by abuse or exploitation, or whether legislation is required that would enable intervention in the situation. The question is controversial; it may be argued that intervention, in cases where an adult is not incapable and where no crime has been committed, would violate a person's right to privacy and autonomous decision making protected by section 7. Others may argue that *not* providing for intervention in cases of abuse and exploitation is a violation of section 7 rights and takes away from the human dignity of the individuals affected and is, in any

event, justified as "demonstrably justified in a free and democratic society" in the same way that domestic violence legislation is justified.

a) Does the legislation reflect negative ageist stereotypes and/or paternalistic attitudes (explicitly or implicitly)? Is the policy or legislation based on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity?

The non-legislated approach specifically avoids this problem. A criticism of legislation applying to elder abuse and exploitation where the adult is not incapable is that it effectively infantalizes older adults by equating them to children "in need of protection." Where a person is incapable, the *Substitute Decisions Act* provides for intervention by the Public Guardian and Trustee, but incapacity must be established.

b) Are there sufficient mechanisms provided for by the legislation to prevent or protect against the legislation being implemented in an ageist manner (including the acting-out of individual ageism, given the prevalence of ageist attitudes)?

The key players in the system, in design and implementation, are organisations of long standing with particular knowledge of and expertise in elder abuse and exploitation, and their implementation of the policies can be expected to be actively non-ageist.

c) Does the legislation respond appropriately to the real needs of older persons as a group (understanding that older adults are extremely diverse), recognising that older adults generally are situated differently from younger people and have different needs?

It may be argued that, rather than "infantalizing" older adults as discussed above, legislation that applies to elder abuse and exploitation generally (and is not limited to the incapable) recognises that many (but not all) older adults are more vulnerable to abuse and exploitation than younger individuals and in fact are more likely to suffer this kind of harm. Refusing to recognise and provide for this real difference, pretending that older adults are "just like" younger ones and therefore just as "good," is itself a form of discrimination. The debate can only be resolved through empirical research and greater knowledge about elder abuse and exploitation, and the effectiveness of different legislative and non-legislative approaches to the problem.

B. <u>Elder abuse and exploitation: Canadian legislative review</u>

Comprehensive "elder abuse legislation" of the kind which exists in some American states has been criticised for "attempting to merge concerns about many issues into one broad prohibition against mistreatment of the elderly."[144] In this respect, "[r]esponses to elder abuse may be attempting to accomplish too much for too many persons."[145]

Canada's provinces have taken a different approach. Different aspects of elder abuse may be dealt with or addressed within non-elder abuse specific legislation: legislation concerning domestic violence or abuse; institutional abuse legislation; and adult protection legislation for a (non-age specific) class of adults defined with reference to incapacity or the inability to independently access assistance. Article 48 of Quebec's *Charte des droits et libertés de la personne* and the provisions of New Brunswick's *Family Relations Act* applying to protection of the elderly from abuse are exceptional elder specific provisions within legislation of much broader application. Evaluation of legislation, and the identification of benchmarks, must therefore be carried out within these different categories: domestic violence legislation, adult protection, human rights legislation and institutional abuse legislation.

1. Evaluation

a) Does the legislation reflect negative ageist stereotypes and/or paternalistic attitudes (explicitly or implicitly)? Is the policy or legislation based on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity?

Domestic violence

Ageist, paternalistic or stereotypical assumptions about older adults is not evident in provincial domestic violence legislation except to the extent that domestic violence is defined with reference to the traditional nuclear family paradigm (parents and children) thereby leaving out other forms of domestic violence affecting older adults such as intergenerational and caregiver violence. This is more in the nature of invisibility (see analysis below) than stereotypical assumptions although stereotyping may be a source of this invisibility (the relevant connection perceived as one between violence and sexual relationships, as opposed to violence and the wider variety of intimate relationships).

Adult protection

Adult protection legislation is in place in the provinces of British Columbia *(Adult Guardianship Act* (Part Three),[146] Manitoba *(Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act*),[147] Nova Scotia *(Adult Protection Act*),[148] Prince Edward Island (*Adult Protection Act*)[149] the Yukon *(Decision-Making Support and Protection to Adults Act*, Schedule A, Part 4 Adult Protection)[150] and Newfoundland and Labrador *(Neglected Adults Welfare Act*).[151] Provisions for the Protection of the elderly are set out in New Brunswick's *Family Services Act*[152] (Part III, Protection Services). None of these statutes refer to age or aged persons specifically with the exception of New Brunswick's *Family Services Act*, which applies to both children and adults (elderly or disabled persons) in need of protection. An "Elderly person" is defined in the Act to mean one who has reached the age of sixty-five years, and, in the absence of positive evidence of age, means a person who apparently has reached that age. The other statutes mentioned here apply to persons who are unable to help themselves because of physical or mental infirmity or incapacity with no specific reference to age. Manitoba's *Vulnerable Persons Living with*

a Mental Disability Act provides protection for "vulnerable persons" defined so as to *exclude* persons developing infirmities or impairments in later life ("vulnerable person" is defined as "an adult living with a mental disability who is in need of assistance to meet his or her basic needs with regard to personal care or management of his or her property"; "mental disability" means "significantly impaired intellectual functioning existing concurrently with impaired adaptive behaviour and manifested prior to the age of 18 years [**excluding**] a mental disability due exclusively to a mental disorder as defined in section 1 of *The Mental Health Act*.")

Despite this non-age specificity, adult protection has been criticised as an inherently paternalistic approach. But to the extent that the legislation may incorporate paternalism it does not include an explicitly ageist assumptions, with the possible exception of the reference to "elderly persons" in the New Brunswick legislation.

Human rights legislation

Article 48 of Quebec's *Charte des droits et libertés de la personne* does specifically mention age as a potential source of vulnerability and, therefore, need for protection: **"**Every aged person and every handicapped person has a right to protection against any form of exploitation" and that "[s]uch a person also has a right to the protection and security that must be provided to him by his family or the persons acting in their stead." Article 48 has been applied by the Courts to confer a broad right of protection from exploitation in situations where a mentally capable older adult's vulnerability has been exploited.

The reference to age seems to imply a stereotypical equation of age with helplessness, but the provision has been interpreted by the courts so as to exclude that implication. The term "aged person" has been interpreted to have "no connotation other than to mean a person of an advanced age. Being an older person does not in itself [connote] a sense of dependency [or] vulnerability. These characteristics must be found rather in the very notion of exploitation. The legislature has signaled its intention to protect in this article two segments of the population."[153]

Institutional abuse legislation

Some Canadian provinces have enacted legislation that deals specifically with abuse occurring in an institutional setting.[154] Institutional abuse legislation will apply to older adults as residents of care institutions or nursing homes. Assisted living or supportive housing legislation (although neither form of housing properly falls within the scope of institutional care) may also contain provisions that address the issue of abuse. Institutional abuse legislation does not refer specifically to older adults and the legislation cannot be said to incorporate or reflect ageist presumptions or stereotypes; the issue of how that legislation is applied by the individuals charged with applying it is a more significant site of ageism in this context.

b) Are there sufficient mechanisms provided for by the legislation to prevent or protect against the legislation being implemented in an ageist manner (including the acting-out of individual ageism, given the prevalence of ageist attitudes)?

A review of the case law reveals very little evidence of the legislation discussed above being used in an elder abuse context, with the exception of Quebec's *des droits et libertés de la personne*. Adult protection legislation may also apply to self neglect/abuse, and review of the case law indicates that it is much more likely to be used for this purpose.

Very little is known about how this legislation is applied in situations involving older adults experiencing abuse and exploitation by others. The absence of case law may indicate that, in fact it is *not* used in this context; on the other hand, the absence of case law may indicate the success of legislation, where it exists in resolving situations before they reach the courts. The distance between these very different interpretations is significant, and needs to be explored. Similarly, some suggest that adult protection laws providing for intervention in abusive situations actually exacerbate the abuse, while others have suggested that the very act of intervention and the penetration of secrecy is sufficient to defuse many abusive relationships. The discrepancy between these accounts is also extremely significant. Research focusing on other, extra-judicial sources of information is necessary to construct a meaningful picture of how the legislation discussed here is used in practice to deal with different types or aspects of elder abuse.

c) Does the legislation respond appropriately to the real needs of older persons as a group (understanding that older adults are extremely diverse), recognising that older adults generally are situated differently from younger people and have different needs?

Domestic violence legislation

To the extent that domestic violence legislation is limited in scope and application to spousal and parent/minor child relationships, it is inadequate as a response to the range of domestic violence situations that are experienced by older adults.

Nova Scotia's *Domestic Violence Intervention Act* and Newfoundland and Labrador's *Family Violence Protection Act* are perhaps the most restrictive in terms of scope (to whom the legislation applies), limited in application to cohabiting adults in a conjugal relationship and co-parents of children. The definition of "family members" (persons to whom the Act applies) given in Alberta's *Protection Against Family Violence Act* (section1) is more expansive, including persons who are or have been "adult interdependent partners," persons who are residing or have resided together in an "intimate relationship" and persons who are related to each other by "blood, or adoption or by virtue of an adult interdependent relationship." The categories of adult interdependent partners or persons in "intimate relationships" *may* be interpreted as encompassing intergenerational abuse or abuse in the context of a non-family caregiving relationship (where the incidents of abuse fall within the definition of "family violence" given in the statute), although there is no reported case law to this effect. Manitoba's

Domestic Violence and Stalking Act also applies to broadly stated categories of "family"[155] and "intimate"[156] relationships (section 2(1)).[157] Manitoba and Saskatchewan's legislation applies to persons in a family or intimate relationship who are cohabitants or who have been in a cohabiting relationship.

The *Protection Against Family Violence Act* in the Northwest Territories refers specifically to a "parent or grandparent" of a respondent as a possible "applicant" under that Act.

Nunavut's *Family Abuse Intervention Act* defines "family abuse" as "when a person, a child of or in the care of a person, a parent of a person or another family member of a person is subjected to one or more of the acts or omissions listed in section 3 by another person with whom the person has:

(a) a spousal relationship;
(b) an intimate relationship;
(c) a family relationship; or
(d) a care relationship.[158]

The relative broadness/narrowness of the scope of conduct or behaviour to which provincial domestic violence applies will also make that legislation more or less responsive to the situation of older adults.

All domestic violence statutes apply to acts of physical (including sexual) violence and damage to property. Threats "creating a reasonable fear of property damage or injury to a family member" (the language used in the Alberta statute) are defined as a form of domestic violence in most provincial and territorial statutes[159] (excluding Saskatchewan, which defines family violence as "any intended or reckless act or omission that causes bodily harm or damage to property; forced confinement; or sexual abuse.") Threats may be interpreted as a form of emotional or psychological abuse, although the association of threats with injury and damage (violence) appears to exclude other forms of psychological/emotional abuse that do fall within the social definition of elder abuse.[160]

Some statutes include specific reference to psychological and emotional abuse in addition to threats of injury or damage. Manitoba's legislation specifically includes "conduct that reasonably, in all the circumstances, constitutes psychological or emotional abuse" within its definition of "domestic violence" (given in section 2(1.1)) in addition to "threatened acts" to cause physical or property damage. Prince Edward Island's *Victims of Family Violence Act* also includes specific reference to emotional/psychological abuse in addition to threats. The Nunavut statute's definition of "family abuse" includes, specifically, "conduct that reasonably, in all the circumstances, constitutes mental or emotional abuse" (section 3). The Northwest Territories' *Protection Against Family Violence Act* also includes "psychological abuse, emotional abuse… that causes harm or the fear of harm to the applicant, any child of the applicant or any child who is in the care of the applicant."

Neglectful conduct ("depriving a person of food, clothing, medical attention, shelter, transportation, or other necessaries of life"[161]) is referred to in the domestic violence statutes of the Yukon, Nunavut, and Newfoundland and Labrador. The Yukon's *Family Violence Prevention Act* refers to "depriving a person of food, clothing, medical attention, shelter, transportation, or other necessaries of life." Nunavut's *Family Abuse Intervention Act* contains very similar language ("an intentional or reckless act or omission that unjustifiably or unreasonably deprives a person of food, clothing, shelter, medical attention, transportation or other necessities of life"), as does the *Family Violence Protection Act* in Newfoundland and Labrador ("the deprivation of food, clothing, medical attention, shelter, transportation or other necessaries of life.")

Threats of damage to property may be interpreted to apply to certain acts of financial abuse, although no reported cases apply this interpretation. Legislation in the Northwest Territories and Nunavut makes specific reference to "financial abuse" as within the definition of family violence (Northwest Territories) and family abuse (Nunavut). Section 1(e) of the Northwest Territories' *Protection Against Family Violence Act* refers to (together with psychological and emotional abuse) "financial abuse that causes harm or the fear of harm to the applicant, any child of the applicant or any child who is in the care of the applicant." The reference in Nunavut's *Family Abuse Intervention Act* is to "conduct of any kind the purpose of which is to control, exploit or limit a person's access to financial resources for the purpose of ensuring the person's financial dependency" (section 3). The requirement of purpose, or motive, is interesting, and seems more aligned with the spousal abuse paradigm than the more generic reference to "financial abuse" in the *Protection Against Family Violence Act*, which seems more broadly applicable to financial abuse in the elder abuse context.

Adult protection legislation

The question of whether adult protection legislation responds adequately to the needs and situations of older adults will be controversial, and will turn on the question of whether older adults are a category of adult persons that requires special protection (the premise of section 48 of Quebec's *Charte des droits et libertés de la personne* as described in *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Brzozowski*).[162]) Some would answer this question with a definite no; that the non-age specific limitation to persons suffering from incapacities and inabilities that create the inability to independently access assistance is essential (and that extending the ability of the state to intervene in cases of abuse, where adults are involved, would violate section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*). Others would agree with the Quebec approach, that older adults are a group in need of an additional mechanism for protection from exploitation, and that the idea of "vulnerability" inherent in this approach lies in the definition of exploitation (and not the category of age).

Human rights legislation

Quebec's *Charte des droits et libertés de la personne* does explicitly mention older adults as a group in need of protection from exploitation specifically (as opposed to the more

general abuse). "Exploitation" for the purposes of the *Charte* refers to any situation in which one person abusively takes advantage of the vulnerability and dependence of another to the detriment of the more vulnerable person's interest.[163] In this respect the legislation strongly resembles the equitable doctrine of unconscionability, through which a court can set aside an otherwise enforceable transaction where it would be inequitable to give it effect because of one person's exploitation of the vulnerability of another.[164] The purpose is twofold: to protect the vulnerable and to prevent enrichment through exploitation. An award of damages, including "moral" damages where appropriate, may follow a finding of exploitation under Article 48. This feature distinguishes Quebec's human rights legislation from adult protection legislation generally, the purpose or objective of which is to connect the individual in need with the appropriate social and/or medical services (as opposed to the provision of damages).

To the extent that one recognises that older adults are more likely to be subject to exploitation than other adults, Article 48 either uniquely recognises the real needs and situations of older adults generally, or internalises ageist assumptions. The extent of exploitation for this group is unknown and (using the *Charte's* definition of exploitation) ultimately unknowable.

Institutional abuse legislation

Abuse is generally given a more inclusive definition in this context than in adult protection or domestic violence legislation, with explicit reference to emotional/ psychological abuse and material exploitation/financial abuse in addition to physical and sexual abuse. "Intention" is given as a requirement for abuse only in Alberta's *Protection for Persons in Care Act*, which defines "abuse" as follows:

- intentionally causing bodily harm;
- intentionally causing emotional harm, including, but not limited to, threatening; intimidating, humiliating, harassing, coercing or restricting from appropriate social contact;
- intentionally administering or prescribing medication for an inappropriate purpose;
- subjecting to non-consensual sexual contact, activity or behaviour;
- intentionally misappropriating or improperly or illegally converting money or other valuable possessions; or
- intentionally failing to provide adequate nutrition, adequate medical attention or other necessity of life without valid consent.

"Abuse" is defined in Manitoba's *Protection for Persons in Care Act* as "mistreatment, whether physical, sexual, mental, emotional, financial or a combination of any of them, that is reasonably likely to cause death or that causes or is reasonably likely to cause serious physical or psychological harm to a person, or significant loss to the person's property." In Nova Scotia, the definition of "abuse" is set out in the *Protection for Persons in Care Regulations*[165] as follows:

(a) the use of physical force resulting in pain, discomfort or injury, including slapping, hitting, beating, burning, rough handling, tying up or binding;

(b) mistreatment causing emotional harm, including threatening, intimidating, humiliating, harassing, coercing or restricting from appropriate social contact;

(c) the administration, withholding or prescribing of medication for inappropriate purposes;

(d) sexual contact, activity or behaviour between a service provider and a patient or resident;

(e) non-consensual sexual contact, activity or behaviour between patients or residents;

(f) misappropriation or improper or illegal conversion of money or other valuable possessions;

(g) failure to provide adequate nutrition, care, medical attention or necessities of life without valid consent.

(2) "Abuse" does not occur in situations in which a service provider carried out their duties in accordance with professional standards and practices and health facility based policies and procedures.

British Columbia's *Adult Care Regulations* provide that a "licensee must ensure that no person in care is subjected to neglect, emotional abuse, financial abuse, physical abuse or sexual abuse."[166] All categories of abuse are given further, more concrete definition. "Emotional abuse" is defined as "any act, or lack of action, which may diminish the sense of well-being of a person in care, perpetrated by a person not in care, such as verbal harassment, yelling or confinement." Financial abuse is defined as "the misuse of the funds and assets of a person in care by a person not in care," or "the obtaining of the property and funds of a person in care by a person not in care without the knowledge and full consent of the person in care or their substitute decision maker." Physical abuse in this context means "any physical force that is excessive for, or is inappropriate to, a situation involving a person in care and perpetrated by a person not in care;" sexual abuse is defined to mean "any sexual behaviour directed towards a person in care by an employee of the licensee, volunteer or any other person in a position of trust, power or authority and includes any sexual exploitation whether consensual or not but does not include consenting sexual behaviour between adult persons in care." Neglect is defined as "the failure of a care provider to meet the needs of a person in care, including food, shelter, care or supervision."[167]

2. Identification of benchmark Canadian legislation.

Because of the division of "elder abuse" as a category between different kinds of provincial legislation, identification of a benchmark will include a consideration of all

types of legislation, and the combination of benchmarks will provide the necessary extent of protection while avoiding the over-inclusiveness (and potential ageism) of specific "elder abuse" legislation.

Domestic violence legislation that is inclusive of older adults and the kinds of relationships in which they may experience domestic *abuse*, defined broadly to include non-violent forms of abuse including exploitation, is (potentially) an extremely effective approach to elder abuse, in combination with the kinds of education strategy that the government of Ontario has undertaken. Nunavut's *Family Abuse Intervention Act*, described above, is sufficiently broad both in terms of both to whom it applies and to what conduct/behaviours it applies.

Limited adult protection legislation, as provided for by British Columbia's *Adult Guardianship* Act Part 3, should be accompanied by human rights legislation similar to Quebec's *Charte* Article 48 to provide protection from exploitation.

British Columbia's *Adult Guardianship Act* (Part 3) applies "whether an adult is abused or neglected in a public place, in the adult's home, a relative's home, a care facility or any other place except a correctional centre (section 45)." "Abuse" is defined (section 1) as "the deliberate mistreatment of an adult that causes the adult:

(a) physical, mental or emotional harm; or

(b) damage to or loss of assets,

and includes intimidation, humiliation, physical assault, sexual assault, overmedication, withholding needed medication, censoring mail, invasion or denial of privacy or denial of access to visitors." "Neglect" is defined as "any failure to provide necessary care, assistance, guidance or attention to an adult that causes, or is reasonably likely to cause within a short period of time, the adult serious physical, mental or emotional harm or substantial damage to or loss of assets, and includes self neglect."

Where the circumstances (including vulnerability) required for "exploitation" are met, an additional level of protection is provided and is justified in this context. The response provided for ("moral" damages and the restoration of money or property lost through exploitation) involves a minimal level of interference with autonomy, unlike the loss of autonomy at stake in the determination of capacity or interference in living situations.

Institutional abuse legislation should not include a requirement of intention, and should provide detail about the kinds of behaviours that will constitute "abuse". All categories of abuse (neglect, emotional abuse, financial abuse, physical abuse or sexual abuse) provided for in British Columbia's *Adult Care Regulations*[168] are given further, more concrete definition that is, at the same time, sufficiently broad to capture the reality of abusive behaviours experienced by older adults in institutional settings. "Emotional abuse" is defined as "any act, or lack of action, which may diminish the sense of well-being of a person in care, perpetrated by a person not in care, such as verbal harassment, yelling or confinement." Financial abuse is defined as "the misuse of the funds and

assets of a person in care by a person not in care," or "the obtaining of the property and funds of a person in care by a person not in care without the knowledge and full consent of the person in care or their substitute decision maker." Physical abuse in this context means "any physical force that is excessive for, or is inappropriate to, a situation involving a person in care and perpetrated by a person not in care;" sexual abuse is defined to mean "any sexual behaviour directed towards a person in care by an employee of the licensee, volunteer or any other person in a position of trust, power or authority and includes any sexual exploitation whether consensual or not but does not include consenting sexual behaviour between adult persons in care." Neglect is defined as "the failure of a care provider to meet the needs of a person in care, including food, shelter, care or supervision."[169]

Ultimately, the question of whether legislation is a necessary component of an effective response to elder abuse and exploitation, in addition to non-legislative initiatives such as Ontario's Strategy to Combat Elder Abuse, depends on the question of how, and to what extent, this legislation is actually used in the context of abuse and exploitation (as opposed to self-neglect). Aside from the Quebec human rights legislation there is little evidence on which to draw a conclusion. Certainly, however, the benchmark legislation described above at least potentially provides a powerful tool for response. Perhaps a provincial strategy to combat elder abuse, in connection with potentially effective legislation of this kind, will provide the most productive response, with the strategy raising awareness of the legislative tools and monitoring their effectiveness.

VI. Conclusions

The great majority of the legislation discussed in this paper is facially "age neutral." Both subject areas will disproportionately impact older adults. Ensuring substantive equality in these areas means, therefore, recognising how "age neutrality" may play out in real life situations involving older adults in vulnerable situations: where capacity is in question and where others must make decisions on the person's behalf, and where a person is suffering from abuse or exploitation or where abuse and exploitation is suspected. In these situations, pervasive social and individual-level ageist attitudes will interact with personal vulnerability in a way that makes ostensibly available "age-neutral" rights difficult to assert. Legislation that allows "space" for patronising and ageist approaches (as where incapacity is defined broadly and substitute decision making guidelines are not specific) effectively invites those attitudes in these contexts.

Ontario's non-legislated approach to elder abuse and exploitation proceeds from an understanding that the primary need in this area is for assistance in exercising existing rights; the key question is whether effective assistance in this context requires additional tools, such as the tools provided by domestic violence legislation. The comprehensive scheme created by the *Substitute Decisions Act* and the *Health Care Consent Act* is a Canadian benchmark, in terms of the rights it creates and the guidance it provides. A continuing challenge is ensuring that these provisions are understood and easily exercised by the persons to whom they apply.

Situating the legislation discussed in this paper in the context of national and international statements of principle and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* clarifies the ultimate objectives of developing an anti-ageist approach in legislation. Respecting both autonomy and human dignity means recognising that older adults in the vulnerable situations described in this paper face the further obstacle of pervasive ageism and disrespect; respecting autonomy and human dignity means accepting that difference does not equal weakness, and that ignoring difference can be systemic discrimination. These issues are brought most sharply into focus with regards to care facility admittance, one area which (although ostensibly age neutral) disproportionately affects older adults and which involves fundamental *Charter* rights and principles. Ontario and the Yukon aside, the invisibility of this issue in the legislation is itself a manifestation of a deeply rooted social ageism.

APPENDIX A: SUBSTITUTE DECISION MAKING LEGISLATION

1. Court appointed guardianship

Dependent Adults Act R.S.A. 2000, c. D-11
Infirm Persons Act, R.S.N.B. 1973, c. I-8
Mentally Disabled Persons Estates Act, R.S.N.L. 1990, c. M-10.
Incompetent Persons Act, R.S.N.S. 1989, c. 218
Public Curator Act, S.Q. c. C-81, Civil Code of Quebec
Adult Guardianship and Co-decision-making Act, S.S. 2000, c. A-5.3.
Patients Property Act, R.S.B.C. 1996, c. 349; *Adult Guardianship Act (Part 2)* R.S.B.C. c. 6 (awaiting proclamation)
Mental Health Act C.C.S.M. c. M110; *Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act*, C.C.S.M. c. V90
Decision-Making Support and Protection to Adults Act, S.Y. 2003, c. 21. (applies also in Nunavut)
*Guardianship and Trusteeship Ac*t, S.N.W.T. 1994, c. 29.
Substitute Decisions Act, S.O. 1992, c. 30.

2. Powers of Attorney

Powers of Attorney Act, R.S.A. 2000, c. P-20
Powers of Attorney Act, C.C.S.M. c. P97
Enduring Powers of Attorney Act, R.S.N.L. 1990, c. E-11
Powers of Attorney Act, R.S.N.S. 1989, c. 352.
Powers of Attorney Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-16.
Power of Attorney Act, R.S.B.C. 1996, c. 370
The Powers of Attorney Act, S.S. 2002, c. P-20.3
Property Act, R.S.N.B. 1973, c. P-19.
Enduring Power of Attorney Act, R.S.Y. 2002, c. 73.
Powers of Attorney Act, S.N.W.T. 2001, c.15
Powers of Attorney Act, S.Nu. 2005, c. 9.
Substitute Decisions Act, S.O. 1992, c. 30.

3. Personal Directive/Representative Legislation

Representation Agreement Act, R.S.B.C. 1996, c. 405.
Personal Directives Act, S.N.W.T. 2005, c. 16
Personal Directives Act, R.S.A. 2000, c. P-6.
Decision-Making Support and Protection to Adults Act, S.Y. 2003, c. 21. (applies also in Nunavut)

4. Substitute decision making in the health care context (including care facility admission)

Health Care Directives Act, C.C.S.M. c. H27
Medical Consent Act, R.S.N.S. 1989, c. 279
Consent to Treatment and Health Care Directives Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2
Decision-Making Support and Protection to Adults Act, S.Y. 2003, c. 21.
(applies also in Nunavut)
An Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q. c. S-4.2.
Health Care Directive and Substitute Health Care Decision Makers Act, S.S. 1997, c. H-0.001
Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, c. 181.
Advance Health Care Directives Act, S.N.L. 1995, A-4.1.
Infirm Persons Act, R.S.N.B. 1973, c. I-8
Health Care Consent Act S.O. 1996, c. 2.

ENDNOTES

[1] *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 30.
[2] *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28 at paras. 30 and 37. See also, D. Surtees "What Can Elder Law Learn From Disability Law?" in I. Dorn. Ed., *Theories on Law and Ageing: The Jurisprudence of Elder Law* (Berlin: Springer Publications, 2009).
[3] (2008) Law Commission of Ontario, *Older Adult PreStudy Consultation Report* (page 18).
[4] (2008) Ontario Bar Association, *The Law as it Affects Older Adults* Submission to the Law Commission of Ontario (p. 11).
[5] Ontario Human Rights Commission *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians* (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 2008) (Page 15-16).
[6] See *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.
[7] *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241 at para. 67.
[8] *Ibid*.
[9] *Chapdelaine v. Air Canada* (1987), 9 C.H.R.R. D/4449 (C.H.R.T.); *Bitonti v. British Columbia (Ministry of Health) (No. 3)*, (1999), 36 C.H.R.R. D/263; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 S.C.R. 3. See discussion, *Pivot Legal Society v. Downtown Vancouver Business Improvement Association*, 2009 BCHRT 229.
[10] *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28.
[11] Resolution 46/91.
[12] Canadian Coalition on the Rights of the Child, "The UN Convention on the Rights of the Child: How Does Canada Measure Up?" 1999 and International Institute for Child Rights and Development *Meeting Canada's Obligations under the UN Convention on the Rights of the Child: From Paper Concepts to Living Benefits for Children* , Brief to Canada's Senate Committee on Human Rights (2005). It has been suggested that evaluation of this kind would be one function of a federal Ombudsman for Older Adults- see Paris Principles; UN General Assembly, Principles relating to the Status of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Resolution A/RES/134 (20 Dec. 1993)
[13] http://www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_recommendations.html
[14] See *Addressing the challenges and opportunities of ageing in Canada, Prepared for the United Nations Commission for Social Development for the 5th Anniversary of the 2002 United Nations Second World Assembly on Ageing* (2002: Government of Canada).
[15] The National Framework is available from Health Canada, Health Promotions and Programs Branch, Division of Aging and Seniors and online: Health Canada www.hc-sc.gc.ca/seniors-aines/nfa-cnv/.
[16] Ontario Human Rights Commission *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians* (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 2008) (Page 14).
[17] Advocacy Centre for the Elderly, *Submission to the Law Commission of Ontario Concerning: The Law As It Affects Older Adults*, at 5 http://www.advocacycentreelderly.org/pubs/Law_as_it_Affects_Older_Adults_July_2008.pdf.

[18] *Ibid*.
[19] *R. v Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.
[20] Section 32(1). See, *R.W.D.S.U. Local 580 v Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 483.
[21] [1990] 3 S.C.R. 483.
[22] [1997] 3 S.C.R. 624..
[23] *Eldridge*, [1997] 3 S.C.R. 624 at 665.
[24] [1990] 3 S.C.R. 229.
[25] *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84 at para. 31-32.
[26] [1999] 1 S.C.R. 497.
[27] *Ibid*., paras. 51 and 53.
[28] *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84 at para. 32
[29] [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 169.
[30] [1997] 3 S.C.R. 624
[31] [1990] 3 S.C.R. 229.
[32] [1990] 3 S.C.R. 483.
[33] [1990] 3 S.C.R. 451.
[34] [1990] 3 S.C.R. 570.

[35] (2008), 292 D.L.R. (4th) 623. See also, *Vilven v. Air Canada*, 2009 FC 367.
[36] *Ibid*., para. 38 and 45, per G.R. Strathy J.
[37] [1999] 1 S.C.R. 497.
[38] (2008), 292 D.L.R. (4th) 623
[39] *Ibid.*, at para. 178.
[40] *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950 at para. 105.
[41] 2008 SCC 41.
[42] *Ibid*., at para. 37.
[43] *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387 at para. 28.
[44] *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; see also *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.
[45] *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.)*, [1999] 3 SCR 46.
[46] *Fleming v. Reid* (1991), 82 DLR (4th) 298 (Ont. C.A.); *Conway v. Jacques*, [2002] O.J. No. 2333 (Ont.C.A.), (2001), 32 Admin.L.R.(3d) 248 (S.C.J.), leave to appeal to S.C.C. refused [2002] S.C.C.A. No. 341
[47] *Ibid*.
[48] *Health Care Consent Act,* S.O. 1996, c.2, Section 21(1) 1.
[49] *Ibid.,* Section 21(1)2 and 21(2).
[50] See, *Report on Inquest into the Death of Cory Clifford Moar*, May 14, 2003, Provincial Court of Manitoba.

[51] See Manitoba Law Reform Commission Report, Adult Protection and Elder Abuse (Report #103) (Winnipeg, 1999) at 62 **http://www.manitoba.ca/ justice/mlrc/report/103.pdf**;

C.(A.L.G.) v Prince Edward Island (1998), 157 D.L.R. (4th) 523 (P.E.I.S.C.T.D.); *Baril v. Obelnicki*, 2004 MBQB 92

[52] *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44.

[53] *M.A. v. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271 (C.A.) at para. 38.

[54] 2007 CanLII 44704 (ON C.C.B.).

[55] [1993] AC 789.

[56] Per Lord Butler-Sloss, quoting from *Re Conroy*, (1985) NJ 321, 398-399. Both *Bland* and *Conroy* involved patients in a persistent vegetative state with no prospect of recovery.

[57] *M.A. v. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271 (C.A.) at para. 42.

[58] *M.A. v. Benes* (1999), 46 O.R. (3d) 271 (C.A.) (Health Care and Consent); *Scardoni v. Hawryluck*, Superior Court of Justice file 03-94/03; 2004 CanLII 34326 (ON S.C.) (*Substitute Decisions Act*).

[59] *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

[60] *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

[61] *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.

[62] *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

[63] 2005 CanLII 47735 (Ont. S.C.). See also *Re Koch*, 1997 CanLII 12138 (On. S.C.).

[64] *R. v. Grant*, 2009 SCC 32 at para. 44. See also, *R v Thomsen,*[1988] 1 S.C.R. 640.

[65] 2006 ABQB 528.

[66] P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 46; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9.

[67] *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 88.

[68] *R. v. Grant*, 2009 SCC 32 at para. 54.

[69] *Thwaites v. Health Sciences Centre Psychiatric Facility* (1988), 48 D.L.R. (4th) 338 (Man. C.A.). See also, *Lussa* c. *Health Sciences Centre* (1983), 9 C.R.R. 350 (Man. Q.B.), 5 C.H.R.R. D/2203.

[70] C.C.S.M. c. M110.

[71] *Bobbie v. Health Science Centre*, [1989] 2 W.W.R. 153 (Man QB).

[72] *McCorkell v. Riverview Hospital Review Panel* (1993), 104 D.L.R. (4th) 391 (B.C.S.C.)

[73] *Ibid*.

[74] 2005 CanLII 47735 (Ont. S.C.).

[75] *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* [1993] 3 S.C.R. 519.

[76] *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711.

[77] *Howlett v. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418.

[78] *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394 (Alta. Q.B.),

[79]*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876 *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* [1993] 3 S.C.R. 519; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.

[80] Adapted from Madam Justice Wilson's dissent in *McKinney*.

[81] *Canada Health Act* (R.S., 1985, c. C-6).
[82] S.O. 1996, c. 2.
[83] S.O. 1992, c. 30.
[84] S.O. 1992, c. 31.
[85] S.O. 1992, c. 30.
[86] S.O. 1992, c. 26.
[87] "Personal Assistance Services" are defined in section 2 to mean "assistance with or supervision of hygiene, washing, dressing, grooming, eating, drinking, elimination, ambulation, positioning or any other routine activity of living, and includes a group of personal assistance services or a plan setting out personal assistance services to be provided to a person, but does not include anything prescribed by the regulations as not constituting a personal assistance service."
[88] See also, *A Comparative Analysis of Adult Guardianship Laws in BC, New Zealand and Ontario*, CCELS Report No. 4 http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/408281/Comparative_Analysis_ Guardianship_Laws.pdf
[89] R. Gordon & S. Verdun-Jones, *Adult Guardianship Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1992) at 6-38.
[90] Wahl, J. *Capacity and Capacity Assessment in Ontario*, paper prepared for the CBA Elderlaw Programme March 24-25 2006. http://www.practicepro.ca/practice/PDF/Backip_Capacity.pdf
[91] *Health Care Consent Act*, S.O. 1996, c. 2, Section 10(1).
[92] See also Evaluators, O.Reg 104/96.
[93] http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/pgt/capacity/2005-05/guide
[93] *Re Koch* (1997), 33 O.R. 485 (Gen. Div).
[94] Sections 78(2)(b) and (c).
[95] *Re Koch* (1997), 33 O.R. 485 (Gen. Div); *Saunders* v. *Bridgeport Hospital*, 2005 CanLII 47735 (Ont. S.C.).
[96] *HCCA* section 80.
[97] Advocacy Centre for the Elderly (2008) *The Law as it Affects Older Adults* Submission to the Law Commission of Ontario http://www.advocacycentre elderly.org/pubs/Law_as_it_Affects_Older_Adults_ July_2008.pdf at page 6.
[98] at 12.
[99] *Ibid*.
[100] (2008) Ontario Bar Association, *The Law as it Affects Older Adults* Submission to the Law Commission of Ontario http://www.oba.org/en/pdf/older_adults_lco.pdf
at 4.
[101] Advocacy Centre for the Elderly (2008) *The Law as it Affects Older Adults* Submission to the Law Commission of Ontario http://www.advocacycentre elderly.org/pubs/Law_as_it_Affects_Older_Adults_ July_2008.pdf at page 18-19.
[102] Mental health legislation is relevant to many of these issues, but is beyond the scope of this study.
[103] *Dependent Adults Act* R.S.A. 2000, c. D-11; *Adult Guardianship and Trusteeship Act*, c. A- 4.2 (awaiting proclamation); *Infirm Persons Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-8; *Mentally Disabled Persons Estates Act*, R.S.N.L. 1990, c. M-10; *Incompetent Persons Act*, R.S.N.S. 1989, c. 218; *Public Curator Act*, S.Q. c. C-81; *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64 (art. 11-25, Integrity of the Person- Care; art. 256-297 Protective Supervision

of Persons of Full Age); *Adult Guardianship and Co-decision-making Act* , S.S. 2000, c. A-5.3; *Patients Property Act*, R.S.B.C. 1996, c. 349; *Adult Guardianship Act* (Part 2) R.S.B.C. c. 6 (awaiting proclamation); *Mental Health Act* C.C.S.M. c. M110; *Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act*, C.C.S.M. c. V90; *Decision-Making Support and Protection to Adults Act*, S.Y. 2003, c. 21; (applies also in Nunavut); *Guardianship and Trusteeship Act*, S.N.W.T. 1994, c. 29; *Substitute Decisions Act*, S.O. 1992, c. 30.

[104] *Powers of Attorney Act*, R.S.A. 2000, c. P-20; *Powers of Attorney Act*, C.C.S.M. c. P-97; *Enduring Powers of Attorney Act*, R.S.N.L. 1990, c. E-11; *Powers of Attorney Act*, R.S.N.S. 1989, c. 352; *Powers of Attorney Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-16; *Power of Attorney Act*, R.S.B.C. 1996, c. 370; *Powers of Attorney Act*, S.S. 2002, c. P-20.3; *Property Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-19; *Enduring Power of Attorney Act*, R.S.Y. 2002, c. 73; *Powers of Attorney Act*, S.N.W.T. 2001, c.15; *Powers of Attorney Act* S.Nu. 2005, c. 9; *Substitute Decisions Act*, S.O. 1992, c. 30; *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64 art. 2130-2185 (mandate).

[105] *Representation Agreement Act, [R.S.B.C. 1996] c. 405; Personal Directives Act* S.N.W.T. 2005, c. 16; *Personal Directives Act*, R.S.A 2000, c. P-6*; Advance Health Care Directives Act* S.N.L. 1995, c. A-4.1.

[106] SY 2003, c. 21.

[107] R.S.A. 2000, c. P-6.

[108] S.S. 1997, c. H0.001.

[109] S.N.L. 1995, c. A-4.1.

[110] *Health Care Directives Act*, C.C.S.M. c. H27; *Medical Consent Act*, R.S.N.S. 1989, c. 279;*Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-17.2; *Decision-Making Support and Protection to Adults Act*, S.Y. 2003, c. 21 (applies also in Nunavut);

An Act Respecting Health Services and Social Services, RSQ c. S-4.2; Health Care Directive and Substitute Health Care Decision Makers Act, S.S. 1997, c. H-0.001; Health Care (Consent) and Care Facility (Admission) Act, R.S.B.C. 1996, c. 181; Advance Health Care Directives Act, S.N.L. 1995 A-4.1; Infirm Persons Act, R.S.N.B. 1973, c. I-8; Health Care Consent Act S.O. 1996, c. 2.

[111] As in Saskatchewan's Health Care Directive and Substitute Health Care Decision Makers Act, SS 1997, c. H0.001.

[112] Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act, C.C.S.M. c. V90.

[113] *Mental Health Act* C.C.S.M. c. M110

[114] The Alberta Act proclaimed in 1978 was the first Canadian "reform" adult guardianship legislation; Law Reform Commission of Nova Scotia *Reform of the Laws Dealing with Adult Guardianship and Personal Health Care Decisions: Final Report* (Halifax, NS: The Commission, 1995).

[115] R. Gordon & S. Verdun-Jones, *Adult Guardianship Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1992) at 6-38.

[116] See also, proposed legislation in Alberta (*Adult Guardianship and Trusteeship Act*, c. A- 4.2) and British Columbia (*Adult Guardianship Act (Part 2)* R.S.B.C. c. 6).

[117] A "patient" is defined in section 1(a) as a person "who is, because of mental infirmity arising from disease, age , or otherwise, incapable of managing his or her affairs."

[118] *Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act*, C.C.S.M. c. V90.

[119] See, *Powers of Attorney Act*, S.S. 2002, c. P-20.3; *Substitute Decisions Act*, S.O. 1992, c. 30; *Enduring Powers of Attorney Act*, R.S.Y. 2002, c. 73.
[120] See Alberta Law Reform Institute *Enduring Powers of Attorney: Safeguards Against Abuse*, Final Report No. 88 (2003: Edmonton, Alberta) http://www.law.ualberta.ca/alri/. See also, Western Canada Law Reform Agencies, *Enduring Powers of Attorney: Areas for Reform*, Final Report, 2008. http://prejury.law.ualberta.ca/alri/docs/WCLRA-EPA%report.pdf.
[121] *Re K* , [1988] 1 All ER. (H.L.) at 363.
[122] *Egli v Egli* 2005 BCCA 267.
[123] *Substitute Decisions Act* S.O. 1992, c.30. (personal power of attorney) and *Health Care Directive and Substitute Health Care Decision Makers Act*, S.S. 1997, c. H0.001, e.g.
[124] *Advance Health Care Directives Act* S.N.L. 1995, c. A-4.1; *Medical Consent Act*, R.S.N.S. 1989, c. 279.
[125] The Capability and Consent Board established under the *Care Consent Act* (Schedule B to the *Decision-Making Support and Protection to Adults Act*).
[126] Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act, C.C.S.M. c. V90.
[127] *Mental Health Act* C.C.S.M. c. M110
[128] The *Health Care Directives Act*, S.M. 1992, c. 33 applies to decision-making with regards to health care.
[129] L. Watts & K. Zakreski "Powers of Attorney: Moving Towards Best practices in Canada" paper given at the CBA Canadian Legal Conference, St. John's, August 13-15 2006; R.M. Gordon "Material Abuse and Powers of Attorney in Canada: A Preliminary Examination" (1992) J. Elder Abuse & Neglect 173.
[130] Decision-Making Support and Protection to Adults Act, S.Y. 2003, c. 21, applicable also in Nunavut.
[131] R.S.B.C. 1996, c. 181.
[132] Bearing in mind legislative changes pending in British Columbia and Alberta.
[133] Health Canada has defined psychological abuse as "psychosocial abuse."
[134] *Abuse and Neglect of Older Adults: A Discussion Paper* (Ottawa: Public Health Agency of Canada, 2005).
[135] See the Report of the Manitoba Law Reform Commission, *Adult Protection and Elder Abuse*, Report #103 (Winnipeg, MB: Government of Manitoba, 1999) at 15.
[136] Tuerkheimer, D., (2004) 94 "Recognising and remedying the harm of battering: a call to criminalise domestic violence" Journal of Criminal Law and Criminology 959.
[137] *Protection Against Family Violence Act,* R.S.A. 2000, c. P-27; *Domestic Violence and Stalking Act*, C.C.S.M. c. D93; *Victims of Domestic Violence Act,* S.S. 1994, c. V-6.02; *Victims of Family Violence Act*, R.S.P.E.I. 1988, c.V-3.2; *Family Violence Prevention Act,* R.S.Y. 2002, c. 84; *Protection Against Family Violence Act,* S.N.W.T. 2003, c. 24; *Family Abuse Intervention Act,* S.Nu. 2006, c. 18; *Domestic Violence Intervention Act,* S.N.S. 2001, c. 29; *Family Violence Protection Act,* S.N.L. 2005, c. F-3.1.
[138] As stated in the *Victims of Family Violence Act*, R.S.P.E.I. 1988, c.V-3.2.
[139] *Adult Guardianship Act (Part Three),* R.S.B.C. 1996, c. 6.; *Vulnerable Persons Living with a Mental Disability Act*, C.C.S.M. c. V90; *Adult Protection Act,* R.S.N.S. 1989, c. 2; *Adult Protection Act,* R.S.P.E.I. 1988, c.A-5.; *Decision-Making Support and Protection*

to Adults Act, (Schedule A, Part 4 Adult Protection) S.Y. 2003, c. 21; *Neglected Adults Welfare Act,* R.S.N.L. 1990, c. N-3.
[140] S.N.B. 1980, c. F-2.2.
[141] L.R.Q. c. C-12.
[142] *Adult Guardianship Act (Part Three),* R.S.B.C. 1996, c. 6; *Protection for Persons in Care Act,* R.S.A. 2000, c. P-29; *Protection for Persons in Care Act,* C.C.S.M. c. P144; *Protection for Persons in Care Act,* S.N.S. 2004, c. 33; *Protection for Persons in Care Regulations,* N.S. Reg. 364/2007, s. 3; *Adult Care Regulations,* B.C. Reg. 536/80.
[143] *Nursing Homes Act,* R.S.O. 1990, c. N.7; *Homes for the Aged and Rest Homes Act,* R.S.O. 1990, s. H.13; *Charitable Institutions Act,* R.S.O. 1990, c. C9.
[144] Macolini, R. M. (1995). Elder abuse policy: Considerations in research and legislation. *Behavioral Sciences & the Law*, 13, 349-
[145] *Ibid*.
[146] R.S.B.C. 1996, c. 6.
[147] C.C.S.M c. V90.
[148] R.S.N.S. 1989, c. 2
[149] R.S.P.E.I. 1988, c.A-5.
[150] S.Y. 2003, c. 21
[151] R.S.N.L. 1990, c. N-3.
[152] S.N.B. 1980, c. F-2.2.
[153] *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Brzozowski*, [1994] RJQ 1947.
[154] *Protection for Persons in Care Act*, C.C.S.M. c. P144; *Protection for Persons in Care Act,* R.S.A. 2000, c. P-29; *Protection for Persons in Care Act,* S.N.S. 2004, c. 33; *Adult Care Regulations,* B.C. Reg. 536/80.
See also, in Saskatchewan, Bill 205 (2002), *An Act respecting the Protection of Persons in Care*.
[155] See also, *Victims of Family Violence Act,* R.S.P.E.I. 1988, c. V-3.2 (Prince Edward Island)
[156] See also, the *Family Violence Prevention Act,* R.S.Y. 2002, c. 84 (Yukon).
[157] See also, *Victims of Domestic Violence Act,* S.S. 1994, c. V-6.02 (Saskatchewan).
[158] A "care relationship" is defined in section 6 as "exist[ing] between two persons, whether or not they have ever lived together, if one person is or was dependent on the other person for assistance in his or her daily life activities because of disability, illness or impairment." "Daily life activities" are defined in section 7 as including "personal grooming, preparing meals, shopping for groceries, taking care of financial affairs, making appointments and arranging transportation to appointments."
[159] Alberta, Manitoba, Prince Edward Island, Yukon, Northwest Territories, Nunavut, Nova Scotia, Newfoundland and Labrador.
[160] See, also, the *Family Violence Prevention Act,* R.S.Y. 2002, c. 84 (Yukon).
[161] The Yukon's *Family Violence Prevention Act,* R.S.Y. 2002, c. 84.
[162] [1994] RJQ 1947.
[163] *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Vallée*. (2003) 18 CCLT (3d) 27 (Trib. des droits de la personne); *Longtin v. Plouffe*, [2001] RJQ

2635 (CS); *Dupaul v Beaulieu*, [2000] RJQ 1186 (CS); *Lemire v Huppé-Lambert*, JE 2004-923 (CS).

[164] See M.I. Hall "Equity and the Older Adult: The Doctrines of Unconscionability and Undue Influence" in A. Soden, ed. *Advising the Older Client* (Toronto: LexisNexis Butterworths, 2005).

[165] N.S. Reg. 364/2007, s. 3.

[166] The Regulations apply to facilities for children in addition to those for adults.

[167] Note that the *Adult Guardianship Act (Part 3)*, discussed above under *Adult Protection*, also applies in the institutional setting.

[168] The Regulations apply to facilities for children in addition to those for adults.

[169] Note that the *Adult Guardianship Act (Part 3)*, discussed above under *Adult Protection*, also applies in the institutional setting.

REFERENCES

Case Law

Airedale NHS Trust v. Bland, [1993] AC 789.

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143.

Association of Justices of the Peace in Ontario v. Ontario (Attorney General) (2008), 292 D.L.R. (4th) 623.

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315.

*Baril v. Obelnicki***,** 2004 MBQB 92.

Bitonti v. British Columbia (Ministry of Health) (No. 3), (1999), 36 C.H.R.R. D/263.

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44.

Bobbie v. Health Science Centre, [1989] 2 W.W.R. 153 (Man QB).

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U., [1999] 3 S.C.R. 3.

C.(A.L.G.) v. Prince Edward Island (1998), 157 D.L.R. (4th) 523 (P.E.I.S.C.T.D.).

C.H.S. v. Alberta (Director of Child Welfare), 2006 ABQB 528.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4.

Chapdelaine v. Air Canada (1987), 9 C.H.R.R. D/4449 (C.H.R.T.).

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9.

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711.

Conway v. Jacques, [2002] O.J. No. 2333 (Ont.C.A.), (2001), 32 Admin.L.R. (3d) 248 (S.C.J.), leave to appeal to S.C.C. refused [2002] S.C.C.A. No. 341.

Douglas/ Kwantlen Faculty Assn v. Douglas College, [1990] 3 S.C.R. 570.

Eaton v. Brant County Board of Education, [1997] 1 S.C.R. 241.

Egli v. Egli, 2005 BCCA 267.

Eldridge v. British Columbia, [1997] 3 S.C.R. 264.

Fleming v. Reid (1991), 82 DLR (4th) 298 (Ont. C.A.).

Godbout v. Longueuil (City), [1997] 3 S.C.R. 844.

Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84.

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28.

Harrison v. University of British Columbia, [1990] 3 S.C.R. 450.

Harvey v. New Brunswick (Attorney General), [1996] 2 S.C.R. 876.

Howlett v. Karunaratne (1988), 64 O.R. (2d) 418.

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497.

Lovelace v. Ontario, [2000] 1 S.C.R. 950.

Lussa c. *Health Sciences Centre* (1983), 9 C.R.R. 350 (Man. Q.B.), 5 C.H.R.R. D/2203.

M.A. v. Benes (1999), 46 O.R. (3d) 271 (C.A.).

McCorkell v. Riverview Hospital Review Panel (1993), 104 D.L.R. (4th) 391 (B.C.S.C.)

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

New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.), [1999] 3 SCR 46.

Pivot Legal Society v. Downtown Vancouver Business Improvement Association, 2009 BCHRT 229.

R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387.

R. v. Broyles, [1991] 3 S.C.R. 595.

R. v. Grant, 2009 SCC 32.

R. v. Heywood, [1994] 3 S.C.R. 761.

Re Koch, 1997 CanLII 12138 (On. S.C.).

R. v. Kapp, 2008 SCC 41.

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30.

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045.

R v. Thomsen,[1988] 1 S.C.R. 640.

R.W.D.S.U. Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 483.

Re E.J.G., 2007 CanLII 44704 (ON C.C.B.).

Re K , [1988] 1 All ER. (H.L.).

Re McTavish and Director, Child Welfare Act (1986), 32 D.L.R. (4th) 394 (Alta. Q.B.).

Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519.

Saunders v Bridgeport Hospital, 2005 CanLII 47735 (Ont. S.C.).

Scardoni v. Hawryluck, 2004 CanLII 34326 (ON S.C.).

Stoffman v. Vancouver General Hospital, [1990] 3 S.C.R. 483.

Thwaites v. Health Sciences Centre Psychiatric Facility (1988), 48 D.L.R. (4th) 338 (Man. C.A.).

Vilven v. Air Canada, 2009 FC 367.

Secondary Sources

Public Health Agency of Canada, *Abuse and Neglect of Older Adults: A Discussion Paper* (Ottawa: Public Health Agency of Canada, 2005). Available online at http://www.phac-aspc.gc.ca/ncfv-cnivf/pdfs/age-abuseneglect-discussion_e.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

L. Romano, J.A. Wahl & J. Meadus, *Submission to the Law Commission of Ontario Concerning: The Law As It Affects Older Adults* (Toronto: Advocacy Centre for the Elderly, 2008) at 5. Available online at http://www.advocacycentreelderly.org/pubs/Law_as_it_Affects_Older_Adults_July_2008.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

Alberta Law Reform Institute, *Enduring Powers of Attorney: Safeguards Against Abuse*, Final Report No. 88 (Edmonton, Alberta: Alberta Law Reform Institute, 2003).

Available online at http://www.law.ualberta.ca/alri/docs/fr88.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

Canadian Coalition on the Rights of the Child, *The UN Convention on the Rights of the Child: How Does Canada Measure Up?* (May 2003). Available online at http://rightsofchildren.ca/wp-content/uploads/2009/05/03update.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

Canadian Centre for Elder Law Studies & British Columbia Law Institute, *A Comparative Analysis of Adult Guardianship Laws in BC, New Zealand and Ontario*, CCELS Report No. 4, BCLI Report No. 46 (Vancouver: CCELS & BCLI, 2006). Available online at http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/408281/Comparative_Analysis_of_Adult_Guardianship_Laws.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

R. Gordon, "Material Abuse and Powers of Attorney in Canada: A Preliminary Examination" (1992) J. Elder Abuse & Neglect 173.

R. Gordon & S. Verdun-Jones, *Adult Guardianship Law in Canada* (Toronto: Carswell, 1992).

Human Resources and Skills Development Canada, (2002) HRSDC Canada, *Addressing the Challenges and Opportunities of Ageing in Canada, Prepared for the United Nations Commission for Social Development for the 5th Anniversary of the 2002 United Nations Second World Assembly on Ageing* (Ottawa: HRSDC, 2002). Available online at http://www.hrsdc.gc.ca/eng/publications_resources/research/categories/population_aging_e/madrid/page01.shtml (last accessed 16 Sept 2009).

M.I. Hall "Equity and the Older Adult: The Doctrines of Unconscionability and Undue Influence" in A. Soden, ed., *Advising the Older Client* (Toronto: LexisNexis Butterworths, 2005).

S. Williams, *Meeting Canada's Obligations under the UN Convention on the Rights of the Child: From Paper Concepts to Living Benefits for Children*, Brief to Canada's Senate Committee on Human Rights (Victoria: International Institute for Child Rights and Development , 2005). Avaialble online at http://web.uvic.ca/iicrd/graphics/IICRDBrieftoSenateCommittee(final).pdf (last accessed 16 Sept 2009).

Law Commission of Ontario, *Older Adult PreStudy Consultation Report* (Toronto: LCO, 2008). Available online at www.lco-cdo.org (last accessed 16 Sept 2009).

Law Reform Commission of Nova Scotia, *Reform of the Laws Dealing with Adult Guardianship and Personal Health Care Decisions: Final Report* (Halifax, NS: The Commission, 1995).

Manitoba Law Reform Commission Report, *Adult Protection and Elder Abuse*, Report #103 (Winnipeg: MLRC, 1999) at 62. Available online at http://www.gov.mb.ca/justice/mlrc/reports/103.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

R.M. Macolini, "Elder abuse policy: Considerations in Research and Legislation" (1995) 13 Behavioral Sciences & the Law 349.

Ontario Bar Association, *The Law as it Affects Older Adults: Submission to the Law Commission of Ontario* (Toronto: OBA, 2008). Available online at http://www.oba.org/en/pdf/older_adults_lco.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

Ontario Human Rights Commission, *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians* (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 2008).

Provincial Court of Manitoba, *Report on Inquest into the Death of Cory Clifford Moar*, 14 May 2003. Available online at http://www.manitobacourts.mb.ca/pdf/moar_inquest.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

D. Surtees, "What Can Elder Law Learn From Disability Law?" in I. Dorn, ed., *Theories on Law and Ageing: The Jurisprudence of Elder Law* (Berlin: Springer Publications, 2009).

D. Tuerkheimer, "Recognising and Remedying the Harm of Battering: A Call to Criminalise Domestic Violence" (2004) 94 J. of Crim. L. and Criminology 959.

J. Wahl, "Capacity and Capacity Assessment in Ontario," Paper prepared for the CBA Elderlaw Programme, 24-25 March 2006. Available online at http://www.practicepro.ca/LAWPROMag/Backup_Capacity.pdf (last accessed 16 Sept 2009).

L. Watts & K. Zakreski, "Powers of Attorney: Moving Towards Best Practices in Canada", Paper given at the CBA Canadian Legal Conference, St. John's, 13-15 August 2006.

Western Canada Law Reform Agencies, *Enduring Powers of Attorney: Areas for Reform*, Final Report, 2008. Available online at http://www.law.ualberta.ca/alri/Publications/Western-Canadian-Law-Reform-Agencies-Publications.php (last accessed 16 Sept 2009).

	Domestic Violence/Abuse	Adult Protection	Institutional Abuse
Alberta	*Protection Against Family Violence Act* RSA 2000, c. P-27 •**physical** (includes stalking, forced confinement and sexual abuse) •emotional/psychological (limited- threat of physical injury or damage to property) •material exploitation/financial abuse (limited- "property damage")		*Protection for Persons in Care Act* RSA 2000, c. P-29 •**physical** •**emotional/psychological** •**material exploitation/financial abuse**
British Columbia		*Adult Guardianship Act (Part Three)* RSBC 1996, c. 6 •**physical** •**emotional/psychological** •**material exploitation/financial abuse**	
Manitoba	*Domestic Violence and Stalking Prevention, Protection and Compensation Act* SM 1998, c. 41. •**physical** (includes stalking, forced confinement and sexual abuse) •**emotional/psychological** (explicit) •material exploitation/financial abuse (limited- "property damage")	*Vulnerable Persons Living With a Mental Disability Act* CCSM, c. V90 •**physical** •**emotional/psychological** •**material exploitation/financial abuse**	*Protection for Persons in Care Act* SM 2000, c. 12 •**physical** •**emotional/psychological** •**material exploitation/financial abuse**
New Brunswick		*Family Services Act (Part 3)* SNB 1980, c. F-22 •**physical** •**emotional/psychological**	
Newfoundland and Labrador	*Family Violence Protection Act* SNL 2005, c. F-3.1 • **physical** (includes stalking, forced confinement, sexual abuse and deprivation of the necessities of life) •emotional/psychological (limited- threat of physical injury or damage to property) •material exploitation/financial abuse (limited- "property damage")	*Neglected Adults Welfare Act* RSNL 1990, c. N-3 •**physical** (limited- "persons not receiving proper care and attention")	
Northwest Territories	*Protection Against Family Violence Act* SNWT 2003, c. 24 •**physical** (includes forced confinement, sexual abuse) •**emotional/psychological** (explicit) •**material exploitation/financial abuse** (explicit)		
Nova Scotia	*Domestic Violence Intervention Act* SNS 2002, c. 30 •**physical** (includes stalking, forced confinement and sexual abuse) •emotional/psychological (limited- threat of physical injury or damage to property) •material exploitation/financial abuse (limited- "property damage")	*Adult Protection Act* RSNS 1989, c. 2 •**physical** •**emotional/psychological**	*Protection for Persons in Care Act* SNS 2004, c. 33 •**physical** •**emotional/psychological** •**material exploitation/financial abuse**
Nunavut	*Family Abuse Intervention Act* S.Nu. 2006, c. 18 •**physical** (includes forced confinement, sexual abuse and deprivation of necessities of life) •**emotional/psychological** (explicit) •**material exploitation/financial abuse** (explicit)		
Ontario			*Nursing Homes Act* RSO 1990, c. N.7 •**physical** •**emotional/psychological** ("mental")
Prince Edward Island	*Victims of Family Violence Act* RSPEI 1988, c.V-3.2 •**physical** (includes forced confinement, sexual abuse and deprivation of the necessities of life) •emotional/psychological (limited- threat of physical injury or damage to property) •material exploitation/financial abuse (limited- "property damage")	*Adult Protection Act* RSPEI 1988, c. A-5 •**physical** •**emotional/psychological** •**material exploitation/financial abuse**	

	Domestic Violence/Abuse	Adult Protection	Institutional Abuse
Quebec		Article 48, *Charte des Droits et Liberte´s de la Personne* LRQ c. C-12 •**exploitation** (broad)	
Saskatchewan	*Victims of Domestic Violence Act* SS 1994, c. V-6.02 •**physical** (includes forced confinement, sexual abuse and deprivation of necessities of life)•**emotional/psychological** (explicit) •material exploitation/financial abuse (limited- "property damage")		
Yukon	*Family Violence Prevention Act* RSY 2002, c. 84 •**physical** (includes forced confinement, sexual abuse and deprivation of necessities of life) •emotional/psychological (limited- threat of physical injury or damage to property) •material exploitation/financial abuse (limited- "property damage")	*Decision Making Support and Protection to Adults Act (Part 4)* SY 2003, c. 21 •**physical** •**emotional/psychological** •**material exploitation/financial abuse**	

These charts were initially prepared for work done for the Department of Justice Canada and are included here with permission.

	Physical	Emotional/Psychological	Mat. Exploitation/Fin. Abuse	Exploitation
Alberta	*Protection Against Family Violence Act* RSA 2000, c. P-27 **domestic**; *Protection for Persons in Care Act* RSA 2000, c. P-29 **institutional**	*Protection for Persons in Care Act* RSA 2000, c. P-29 **institutional**	*Protection for Persons in Care Act* RSA 2000, c. P-29 **institutional**	
British Columbia	*Adult Guardianship Act (Part Three)* RSBC 1996, c. 6 **domestic** and **institutional**	*Adult Guardianship Act (Part Three)* RSBC 1996, c. 6 **domestic** and **institutional**	*Adult Guardianship Act (Part Three)* RSBC 1996, c. 6 **domestic** and **institutional**	
Manitoba	*Domestic Violence and Stalking Prevention, Protection and Compensation Act* CCSM c. D93 **domestic**; *Vulnerable Persons Living With a Mental Disability Act* CCSM, c. V90 **domestic**; *Protection for Persons in Care Act* CCSM c. P144 **institutional**	*Domestic Violence and Stalking Prevention, Protection and Compensation Act* CCSM c. D93 **domestic**; *Vulnerable Persons Living With a Mental Disability Act* CCSM, c. V90 **domestic**;*Protection for Persons in Care Act* CCSM c. P144 **institutional**	*Vulnerable Persons Living With a Mental Disability Act* CCSM, c. V90 **domestic**;*Protection for Persons in Care Act* CCSM c. P144 **institutional**	
New Brunswick	*Family Services Act (Part 3)* SNB 1980, c. F-2.2 **domestic**	*Family Services Act (Part 3)* SNB 1980, c. F-2.2 **domestic**		
Newfoundland & Labrador	*Neglected Adults Welfare Act* RSNL 1990, c. N-3 **domestic**; *Family Violence Protection Act* SNL 2005, c. F-3.1 **domestic**			
Northwest Territories	*Protection Against Family Violence Act* SNWT 2003, c. 24 **domestic**	*Protection Against Family Violence Act* SNWT 2003, c. 24 **domestic**	*Protection Against Family Violence Act* SNWT 2003, c. 24 **domestic**	
Nova Scotia	*Adult Protection Act* RSNS 1989, c. 2 **domestic**; *Domestic Violence Intervention Act* SNS 2001, c. 29 **domestic**; *Protection for Persons in Care Act* SNS 2004, c. 33 **institutional**	*Adult Protection Act* RSNS 1989, c. 2 **domestic** ; *Protection for Persons in Care Act* SNS 2004, c. 33 **institutional**	*Protection for Persons in Care Act* SNS 2004, c. 33 **institutional**	
Nunavut	*Family Abuse Intervention Act* S.Nu. 2006, c. 18 **domestic**	*Family Abuse Intervention Act* S.Nu. 2006, c. 18 **domestic**	*Family Abuse Intervention Act* S.Nu. 2006, c. 18 **domestic**	
Ontario	*Nursing Homes Act* RSO 1990, c. N.7 **institutional**	*Nursing Homes Act* RSO 1990, c. N.7 **institutional**		
Prince Edward Island	*Victims of Family Violence Act* RSPEI 1988, c.V-3.2 **domestic**; *Adult Protection Act* RSPEI 1988, c. A-5 **domestic**	*Adult Protection Act* RSPEI 1988, c. A-5 **domestic**	*Adult Protection Act* RSPEI 1988, c. A-5 **domestic**	
Quebec				*Charte des Droits et Libertés de la Personne* LRQ c. C-12 **domestic** and **institutional**
Saskatchewan	*Victims of Domestic Violence Act* SS 1994, c. V-6.02 **domestic**	*Victims of Domestic Violence Act* SS 1994, c. V-6.02 **domestic**		
Yukon	*Family Violence Prevention Act* RSY 2002, c. 84 **domestic**; *Decision-Making Support and Protection to Adults Act (Part 4)* SY 2003, c. 21 **domestic** and **institutional**	*Decision-Making Support and Protection to Adults Act (Part 4)* SY 2003, c. 21 **domestic** and **institutional**	*Decision-Making Support and Protection to Adults Act* (Part 4) SY 2003, c. 21 **domestic** and **institutional**	

	Domestic	Institutional
Alberta	physical	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse
British Columbia	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse
Manitoba	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse
New Brunswick	physical; emotional/psychological	
Newfoundland & Labrador	physical	
Northwest Territories	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse	
Nova Scotia	physical; emotional/psychological	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse
Nunavut	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse	
Ontario		physical; emotional/psychological
Prince Edward Island	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse	
Quebec	exploitation	exploitation
Saskatchewan	physical; emotional/psychological	
Yukon	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse	physical; emotional/psychological; material exploitation/financial abuse

11

1998 CanLII 816 (SCC)

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, 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 *Interveners*

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.

* Sopinka J. took no part in the judgment.

Delwin Vriend, Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton, le Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society et Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le procureur général de la province de l'Alberta *Intimés*

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 *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: VRIEND *c.* ALBERTA

N° du greffe: 25285.

1997: 4 novembre; 1998: 2 avril.

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

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

1998 CanLII 816 (SCC)

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).

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 prac-

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

Pratique — Qualité pour agir — Contestation fondée sur la Charte — Professeur congédié par un collège en raison de son homosexualité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — Les appelants ont-ils la qualité pour contester les dispositions législatives ne portant pas sur l'emploi? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Omission du législateur — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La Charte s'applique-t-elle à la législation? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle non incluse dans les motifs de distinction interdits par la législation provinciale sur les droits de la personne — La non-inclusion de l'orientation sexuelle porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Interprétation large — La non-inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation provinciale sur les droits de la personne porte atteinte au droit à l'égalité — L'orientation sexuelle devrait-elle être tenue pour incluse dans la législation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

L'appelant V a été engagé comme coordonnateur de laboratoire par un collège albertain, et il a obtenu un poste permanent à temps plein en 1988. Pendant toute la durée de son emploi, son travail a été évalué favorablement, et son rendement lui a valu des augmentations de salaire et de l'avancement. En 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l'établissement, V a révélé qu'il était homosexuel. Au début de 1991, le conseil des gouverneurs du collège a adopté un énoncé de principe sur l'homosexualité et, peu après, le président de l'établissement a demandé à V de démissionner. Ce dernier a refusé, et il a été congédié par le collège. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était

tice. 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

le non-respect de la politique du collège en matière d'homosexualité. V en a appelé du congédiement et a demandé sa réintégration, ce qui lui a été refusé. Il a tenté de saisir l'Alberta Human Rights Commission d'une plainte dans laquelle il soutenait que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son orientation sexuelle mais la commission a informé V qu'il ne pouvait formuler une plainte en application de l'*Individual's Rights Protection Act* (l'*IRPA*) parce que l'orientation sexuelle ne figurait pas au nombre des motifs de distinction illicites. V et les autres appelants ont présenté une requête à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en vue d'obtenir un jugement déclaratoire. Le juge de première instance a conclu que l'omission de protéger les citoyens contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituait une violation injustifiée de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a ordonné que «l'orientation sexuelle» soit tenue pour un motif de distinction illicite pour l'application des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) et 10 de l'*IRPA*. L'appel du gouvernement a été accueilli par la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Alberta.

Arrêt (le juge Major est dissident en partie quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. Le préambule et les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) de l'*IRPA* portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. À titre de mesure corrective, les mots «orientation sexuelle» sont tenus pour inclus dans les motifs de distinction interdits par ces dispositions.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache: Les appelants ont qualité pour contester la validité du préambule et des art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*IRPA*. Une question sérieuse est soulevée quant à la validité constitutionnelle de chacune de ces dispositions. V et les autres appelants ont également un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'ensemble des formes de discrimination. Enfin, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions de la Loi qui ne concernent pas l'emploi serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimina-

1998 CanLII 816 (SCC)

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 excercise 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 underinclusive-

tion. Comme toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier, il n'est pas vraiment nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

Dans le cadre de leur pourvoi incident, les intimés font valoir que, parce qu'il s'agit en l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cet argument ne saurait être accepté. Il a été satisfait au critère préliminaire selon lequel il doit s'agir d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'espèce, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir. Lorsque, comme en l'espèce, la contestation vise une loi adoptée par la législature qui est trop limitative en raison d'une omission, l'art. 32 ne devrait pas être interprété comme faisant obstacle à l'application de la *Charte*. Appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce n'est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Comme la présente contestation constitutionnelle porte sur l'*IRPA*, elle porte sur une loi qui régit l'activité privée et non sur les actes d'une entité privée.

Bien que la Cour n'ait pas adopté une approche uniforme à l'égard du par. 15(1), dans la présence espèce, toute différence pouvant exister quant à la méthode à employer relativement à cette disposition ne modifie en rien le résultat. Les exigences essentielles d'une analyse fondée sur le par. 15(1) sont respectées si l'on se demande premièrement s'il y a une distinction entraînant la négation du droit à l'égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue. L'omission de l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA* établit une distinction et ce, sous deux rapports différents simultanément. Premièrement, une distinction est créée entre les homosexuels, d'une part, et les autres groupes défavorisés qui bénéficient de la protection de l'*IRPA*, d'autre part. Les homosexuels ne jouissent pas d'une égalité formelle par rapport aux autres groupes protégés puisque ceux-ci sont explicitement inclus alors que les homosexuels ne le sont pas. Deuxièmement, une distinction encore plus fondamentale est créée entre homosexuels et hétérosexuels. Compte tenu de la réalité sociale de la discrimi-

1998 CanLII 816 (SCC)

ness, 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 eviden-

nation exercée contre les homosexuels, l'exclusion de l'orientation sexuelle a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels. En raison de sa portée trop limitative, l'*IRPA* nie donc aux homosexuels le droit à l'égalité réelle. De par sa portée trop limitative, l'*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l'orientation sexuelle reconnue comme étant une caractéristique personnelle analogue à celles énumérées au par. 15(1). En soi, cela suffit pour conclure qu'il y a discrimination et, partant, violation de l'art. 15. Les effets discriminatoires graves de l'exclusion de l'orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion. La distinction a pour effet d'imposer un fardeau ou un désavantage non imposé à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres. Le premier effet, et le plus évident, de l'exclusion de l'orientation sexuelle est que les homosexuels victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle n'ont pas accès à la procédure établie par l'*IRPA* pour le dépôt d'une plainte officielle et l'obtention d'une réparation. Les conséquences tragiques et infamantes du non-accès aux recours prévus par la Loi sont exacerbées tant par l'exclusion de tout recours au civil que par le peu de succès qu'ont eu les homosexuels qui ont tenté d'obtenir réparation pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en invoquant d'autres motifs comme le sexe ou l'état matrimonial. Au surplus, l'exclusion de la protection de l'*IRPA* envoie à tous les Albertains le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. En soustrayant à l'application de l'*IRPA* la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que «chacun joui[t] de la même dignité et des mêmes droits», sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1).

L'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et elle ne peut, en conséquence, être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte pour déterminer si l'objectif législatif est urgent et réel. Vu l'absence d'observations quant à la nature urgente et réelle de l'objectif de l'omission en cause, les

1998 CanLII 816 (SCC)

tiary 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.

intimés ne se sont pas déchargés de leur fardeau de preuve et partant, n'ont pas réussi à franchir cette première étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Même si la question du fardeau de la preuve était écartée en vue de discerner l'objectif de l'omission dans les dispositions de l'*IRPA*, le résultat serait le même. Lorsque, comme en l'espèce, une omission du législateur est à première vue l'antithèse des principes qu'incarne le texte dans son ensemble, on ne peut dire que l'omission correspond à un objectif qui ressort de la Loi elle-même et qui serait urgent et réel, de telle sorte que soit justifiée une dérogation à des droits constitutionnellement protégés.

Loin d'être rationnellement liée à l'objectif des dispositions contestées, l'exclusion de l'orientation sexuelle en est l'antithèse. En ce qui concerne l'atteinte minimale, le gouvernement de l'Alberta n'a pas démontré qu'il avait un motif raisonnable d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*. Cette loi ne confère aux homosexuels aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et encore moins une protection égale. Une telle exclusion constitue une atteinte intégrale, et non minimale, à la garantie d'égalité énoncée par la *Charte*. Enfin, comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, il n'y a aucune proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants.

L'inclusion de l'orientation sexuelle dans les dispositions contestées de l'*IRPA* par le recours à l'interprétation large est la meilleure façon de corriger la portée trop limitative de ce texte de loi. Lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, les tribunaux doivent tenir compte de deux principes directeurs, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. L'*IRPA* a pour objet de reconnaître et de protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des Albertains au moyen de l'élimination des pratiques discriminatoires. Le recours à l'interprétation large en vue d'inclure l'orientation sexuelle dans les dispositions fautives réduirait l'empiétement sur cet objet manifestement légitime et éviterait ainsi une ingérence excessive dans le domaine législatif, alors que l'annulation de l'*IRPA* priverait tous les Albertains de la protection des droits de la personne, ce qui modifierait indûment l'économie de la loi adoptée par le législateur. Il est raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord pour l'essentiel avec les résultats auxquels parviennent les juges majoritaires. Bien que l'approche retenue à l'égard de l'article premier de la *Charte* recueille l'adhésion, la façon dont il convient d'aborder le par. 15(1) est exposée à nouveau. Cette disposition porte d'abord et avant tout sur l'égalité. Son objet principal est de favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. L'analyse fondée sur le par. 15(1) devrait principalement viser à détecter et à comprendre les incidences négatives d'une distinction législative (et notamment, comme en l'espèce, d'une omission du législateur) sur la personne ou le groupe concerné plutôt qu'à déterminer si la distinction en cause a été établie sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1) est la prise en compte tant de la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que de la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité. Le paragraphe 15(1) entre en jeu lorsque l'impact négatif d'une distinction législative prive une personne ou un groupe considéré comme défavorisé dans notre société de la protection et du bénéfice de la loi en portant atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité. Quoique les motifs énumérés et les motifs analogues puissent être des indices de discrimination ou puissent même donner naissance à une présomption de discrimination, c'est à l'étape de l'appréciation de la nature de la personne ou du groupe lésé qu'ils doivent être examinés.

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 of the *Charter* 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

Le juge Major (dissident en partie quant au pourvoi principal): La législature de l'Alberta, après avoir adopté une loi d'ensemble sur les droits de la personne qui s'applique à toutes les personnes dans la province, a ensuite sélectivement privé de la protection de la Loi les personnes ayant une orientation sexuelle différente. Aucune explication n'a été fournie pour expliquer l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de distinction interdits par l'*IRPA* et aucune ne ressort de la preuve déposée par la province. On doit inévitablement conclure qu'il n'existe aucune raison d'exclure le groupe visé de l'art. 7 de la *Charte*, et une telle exclusion est discriminatoire et porte atteinte aux droits constitutionnels des personnes faisant partie de ce groupe. Toutefois, il n'y a pas lieu de recourir à l'interprétation large pour inclure les mots «orientation sexuelle» dans la Loi. Bien que l'interprétation large puisse être appropriée lorsque l'on peut supposer sans risque d'erreur que

1998 CanLII 816 (SCC)

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*, *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.

la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu, une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi. Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi sur les droits de la personne plutôt que d'en adopter une qui comprenne l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. De même, il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. Par ailleurs, vu qu'elle persiste dans son refus d'accorder une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la législature pourrait décider d'invoquer l'art. 33 de la *Charte* pour protéger les dispositions qui portent atteinte à la *Charte*. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. Il est préférable de déclarer invalides les dispositions fautives et de permettre à la législature de les rectifier. La déclaration d'invalidité devrait être limitée aux dispositions de l'*IRPA* relatives à l'emploi, soit les art. 7(1), 8(1) et 10. Bien que les mêmes conclusions puissent s'appliquer aux autres dispositions de l'*IRPA*, les causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel. La déclaration d'invalidité devrait être suspendue pour une période d'un an afin de permettre à la législature de modifier les dispositions contestées de façon à les rendre conformes à ses obligations constitutionnelles.

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*

Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*,

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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 (Attorney General)*, [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, s. 3(1).
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, R.S.A. 1980, c. I-2 [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 Act, S.A. 1972 [am. 1980, c. 27], c. 2, ss. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, c. 25.

[1989] 2 R.C.S. 530; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Newfoundland (Human Rights Commission) c. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

Citée par le juge Major (dissident en partie)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2*a*)(i) [aj. 1995, ch. 22, art. 6].
Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2 [mod. 1985, ch. 33; mod. 1990, ch. 23], préambule, art. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).
Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972 [mod. 1990, ch. 27], ch. 2, art. 2, 3, 4, 6, 7, 9.
Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, ch. 25.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

1998 CanLII 816 (SCC)

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*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.

Khullar, Ritu. "*Vriend*: Remedial Issues for Unremedied Discrimination" (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.

Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.

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*,

Doctrine citée

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 *Forum constitutionnel* 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*» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.

Khullar, Ritu. «*Vriend*: Remedial Issues for Unremedied Discrimination» (1998), 7 *N.J.C.L.* 221.

Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.

Mandel, Michael. *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*. Traduit de l'anglais par Hervé Juste. Québec: Boréal, 1996.

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.L.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.

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 *Forum constitutionnel* 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.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (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.L.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (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), portant que l'omission d'une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans l'*Individual's Rights Protection Act* constitue une violation injustifiée du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi principal accueilli, le juge Major est dissident en partie. Pourvoi incident rejeté.

Sheila J. Greckol, *Douglas R. Stollery*, *c.r.*, *June Ross* et *Jo-Ann R. Kolmes*, pour les appelants.

John T. McCarthy, *c.r.*, et *Donna Grainger*, pour les intimés.

Brian Saunders et *James Hendry*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Shirish P. Chotalia et *Brian A. F. Edy*, pour l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association.

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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 interveners the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Bastarache was delivered by

Cynthia Petersen, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE).

Gwen Brodsky et *Claire Klassen*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

Raj Anand et *Andrew M. Pinto*, pour l'intervenante la Foundation for Equal Families.

William F. Pentney et *Patricia Lawrence*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Steven M. Barrett et *Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

James L. Lebo, c.r., *James F. McGinnis* et *Julia C. Lloyd*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta.

Thomas S. Kuttner et *Rebecca Johnson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP).

R. Douglas Elliott et *Patricia A. LeFebour*, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Dale Gibson, pour l'intervenante l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Barbara B. Johnston, pour l'intervenant le Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, pour l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur et *Cindy Silver*, pour les intervenants l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Bastarache rendu par

CORY AND IACOBUCCI JJ. — 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.

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. . . . [W]e 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*

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

1 LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Dans les présents motifs conjoints, le juge Cory examine les questions relatives à la qualité pour agir, à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la violation de son par. 15(1). Pour sa part, le juge Iacobucci se penche sur l'article premier de la *Charte* et sur la réparation appropriée; il est en outre l'auteur du dispositif.

LE JUGE CORY

2 L'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 («l'*IRPA*» ou la «Loi»), a initialement été adoptée en 1973. En présentant le projet de loi en 1972, le ministre responsable a formulé certaines observations et a insisté sur la nature et l'importance de la Loi: [TRADUCTION] «. . . notre législature s'engage à reconnaître la primauté de l'Individual's Rights Protection Act sur tout autre texte législatif [. . .] [N]ous nous sommes engagés à montrer que l'Alberta n'est pas un territoire où des droits partiels ou des demi-libertés sont accordés, mais un lieu où, nous l'espérons, chacun, homme ou femme, pourra affirmer son autonomie et être reconnu en tant qu'individu et non en tant que membre d'une catégorie particulière» (*Alberta Hansard*, 22 novembre 1972, à la p. 80-63). Il s'agit de propos courageux qui suscitent l'espoir et apportent du réconfort aux membres de tous les groupes qui ont subi les blessures et les outrages de la discrimination. Ce noble engagement a-t-il été respecté?

I. Les faits

A. *L'historique de l'IRPA*

3 L'*IRPA* interdit la discrimination dans un certain nombre de domaines de la vie publique et elle prévoit la création de la Human Rights Commission pour l'examen des plaintes relatives à la discrimination. Dans sa version initiale (S.A. 1972, ch. 2), elle interdisait la discrimination dans les avis publics (art. 2), l'hébergement, les services et les équipements offerts au public (art. 3), la location (art. 4), les pratiques d'embauchage (art. 6), la publicité en matière d'emploi (art. 7) et l'activité syndicale (art. 9), sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

l'état matrimonial (art. 6 et 9), de l'âge (sauf les art. 3 et 4), de l'ascendance ou du lieu d'origine. Depuis, une série de modifications (S.A. 1980, ch. 27; S.A. 1985, ch. 33; S.A. 1990, ch. 23; S.A. 1996, ch. 25) a eu pour effet d'ajouter d'autres motifs à ceux déjà prévus. Ces ajouts faisaient apparemment suite, du moins en partie, à l'adoption de la *Charte* et à la jurisprudence s'y rapportant. Lors des plus récentes modifications, le titre de la Loi est devenu *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. En 1990, la Loi énumérait les motifs de distinction illicites suivants: la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance et le lieu d'origine. Depuis, l'état matrimonial, la source de revenu et la situation familiale ont été ajoutés.

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.

Malgré des demandes répétées en ce sens, l'orientation sexuelle n'a jamais figuré au nombre des motifs de distinction illicites. En 1984, et à nouveau en 1992, l'Alberta Human Rights Commission a recommandé de modifier l'*IRPA* pour y ajouter l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. En vue d'obtenir une telle modification, l'opposition a présenté plusieurs projets de loi; cependant, aucun n'a franchi une étape ultérieure à la première lecture. Même si au moins un ministre responsable de l'administration de l'*IRPA* a appuyé la modification, la correspondance avec un certain nombre de membres du Cabinet et de députés établit clairement que l'omission de l'orientation sexuelle était délibérée, et non le résultat d'un oubli. Les raisons invoquées pour ne pas donner suite à la recommandation comprennent les suivantes: l'orientation sexuelle est un motif «marginal», la législation sur les droits de la personne ne peut modifier les mentalités et seulement un petit nombre de cas de discrimination dans l'emploi fondée sur l'orientation sexuelle ont été portés à l'attention du ministre.

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.

En 1992, la Human Rights Commission a décidé de faire enquête sur les plaintes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le gouvernement s'y est immédiatement opposé, et le ministre a interdit à la commission de mettre son projet à exécution.

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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* (1994) (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*

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.

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

6 En 1993, le gouvernement a confié à l'Alberta Human Rights Review Panel le mandat de procéder à un examen public de l'*IRPA* et de la Human Rights Commission. Après un examen approfondi, le comité a présenté son rapport intitulé *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta* (1994) (le «rapport sur la dignité»). Celui-ci renfermait un certain nombre de recommandations, l'une d'entre elles étant l'inclusion dans la Loi de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. Dans sa réponse au rapport sur la dignité (*Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995)), le gouvernement a indiqué que le sort de la recommandation relative à l'orientation sexuelle dépendait de l'issue de la présente affaire.

B. *Le congédiement de M. Vriend du King's College et la plainte à l'Alberta Human Rights Commission*

7 En décembre 1987, l'appelant Delwin Vriend a été engagé comme coordonnateur de laboratoire au King's College d'Edmonton (Alberta). En 1988, il a obtenu un poste permanent à temps plein. Pendant toute la durée de son emploi, son travail a été évalué favorablement, et son rendement lui a valu des augmentations de salaire et de l'avancement. Le 20 février 1990, en réponse à une demande formulée par le président de l'établissement, M. Vriend a révélé qu'il était homosexuel. Au début de janvier 1991, le conseil des gouverneurs du King's College a adopté un énoncé de principe sur l'homosexualité et, peu après, le président de l'établissement a demandé à M. Vriend de démissionner. Ce dernier refusant de le faire, il a été congédié le 28 janvier 1991. Le seul motif donné pour justifier le congédiement était le non-respect de la politique du King's College en matière d'homosexualité. Monsieur Vriend en a appelé du congédiement et a demandé sa réintégration, ce qui lui a été refusé.

8 Le 11 juin 1991, M. Vriend a tenté de saisir l'Alberta Human Rights Commission d'une plainte dans laquelle il soutenait que son employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son orientation sexuelle. Le 10 juillet suivant, la

Vriend that he could not make a complaint under the *IRPA*, because the Act did not include sexual orientation as a protected ground.

commission a informé M. Vriend qu'il ne pouvait formuler une plainte en application de l'*IRPA*, l'orientation sexuelle ne figurant pas au nombre des motifs de distinction illicites.

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.

Monsieur Vriend, la Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton (GALA), le Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society et Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters (collectivement appelés les «appelants») ont demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, par voie d'avis de requête introductive d'instance, de rendre un jugement déclaratoire. Les appelants contestaient la constitutionnalité des par. 2(1), 7(1) et 8(1) ainsi que des art. 3 et 4 de l'*IRPA*, pour le motif que ceux-ci étaient contraires au par. 15(1) de la *Charte* en raison de l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. La qualité pour agir des appelants n'a pas été contestée. Le juge de première instance a conclu que l'omission de protéger les citoyens contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituait une violation injustifiée de l'art. 15 de la *Charte*. Elle a ordonné que l'«orientation sexuelle» soit tenue pour un motif de distinction illicite pour l'application des art. 3, 4 et 10 ainsi que des par. 2(1), 7(1) et 8(1) de l'*IRPA*. L'appel du gouvernement a été accueilli par la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Alberta. Les appelants ont obtenu l'autorisation d'en appeler devant notre Cour, et les intimés ont été autorisés à interjeter un pourvoi incident. Une ordonnance du juge en chef énonçant les questions constitutionnelles soulevées en l'espèce a été rendue le 10 février 1997.

II. Relevant Statutory Provisions

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

La loi applicable a été modifiée (*Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996*, S.A. 1996, ch. 25) depuis que l'appelant a présenté sa demande en 1992. Aujourd'hui le titre de la loi est *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. Dans les présents motifs, toutefois, nous employons le titre *Individual's Rights Protection Act* ou l'abréviation *IRPA* pour la désigner puisque c'est le plus souvent ainsi que les parties y ont fait référence dans le présent pourvoi. Par souci de

1998 CanLII 816 (SCC)

below first as they existed at the time the action commenced, and then as they currently stand.

commodité, nous reproduisons les dispositions applicables d'abord dans la version qui était en vigueur à l'époque où l'action a été intentée, puis dans la version actuelle.

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, am. S.A. 1985, c. 33, S.A. 1990, c. 23

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, mod. S.A. 1985, ch. 33, S.A. 1990, ch. 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

[TRADUCTION] Préambule

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne . . .

2(1) Nul ne doit publier, faire publier, exposer ni faire exposer un avis, un panneau, un symbole, un emblème ou une autre représentation marquant une discrimination ou l'intention d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes, à quelque fin que ce soit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

3 Nul ne doit, directement ou indirectement, seul ou avec un tiers, personnellement ou par l'entremise d'un tiers, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser à une personne ou à une catégorie de personnes l'hébergement, les services ou les équipements habituellement offerts au public;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement à l'hébergement, aux services ou aux équipements habituellement offerts au public.

1998 CanLII 816 (SCC)

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 of 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

4 Nul ne doit, directement ou indirectement, seul ou avec un tiers, personnellement ou par l'entremise d'un tiers, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

a) soit refuser de louer à une personne ou à une catégorie de personnes un local commercial ou un logement individuel annoncé ou par ailleurs offert en location;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement aux conditions de location d'un local commercial ou d'un logement individuel.

7(1) Nul employeur ni quiconque agissant pour son compte ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine:

a) soit refuser d'employer une personne ou refuser de continuer de l'employer;

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

(2) En ce qui concerne l'âge et l'état matrimonial, le paragraphe (1) est sans effet sur l'application de tout régime de retraite légitime ou des modalités de tout régime d'assurance collective ou d'employés légitime.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

8(1) Nul ne doit utiliser ou mettre en circulation une formule de demande d'emploi, publier une annonce relative à un poste, existant ou éventuel, ni adresser par écrit ou de vive voix à un candidat une demande de renseignements qui:

1998 CanLII 816 (SCC)

(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 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 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

a) comporte, directement ou indirectement, une restriction, une condition ou une préférence marquant une discrimination fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine de qui que ce soit;

b) oblige le candidat à fournir de l'information relative à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'état matrimonial, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

10 Nul syndicat, organisme professionnel et nulle association patronale, ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine d'une personne ou d'un adhérent:

a) exclure une personne de ses rangs;

b) expulser ou suspendre un adhérent;

c) exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'un adhérent.

11.1 La personne à qui l'on reproche d'avoir enfreint la Loi est réputée ne pas y avoir contrevenu si elle établit que les actes reprochés étaient raisonnables et justifiables dans les circonstances.

16(1) La commission a les attributions suivantes:

a) promouvoir le principe selon lequel chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

b) favoriser la compréhension, l'acceptation et le respect de la présente Loi;

c) faire de la recherche, ainsi que concevoir et mettre en œuvre des programmes d'éducation en vue de la suppression des pratiques discriminatoires fondées sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine;

1998 CanLII 816 (SCC)

(d) to encourage and co-ordinate both public and private human rights programs and activities.

d) encourager et coordonner la mise en œuvre de programmes et d'activités publics et privés en matière de droits de la personne;

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

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.7

[TRADUCTION] Préambule

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que tous soient égaux en ce qui concerne la dignité, les droits et les obligations, sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à l'état matrimonial, à la source de revenu ou à la situation familiale;

ATTENDU QUE le multiculturalisme reflète la diversité raciale et culturelle de la société albertaine et que son importance est reconnue en Alberta à titre de principe fondamental et de question d'intérêt public;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que tous les Albertains soient sensibilisés à la diversité raciale et culturelle de la société et la valorisent, et que la vie en Alberta est enrichie par l'ouverture à cette diversité;

ATTENDU QU'il est opportun que ces principes soient consacrés par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif protégeant ces droits à l'égalité et cette diversité . . .

2(1) Nul ne doit publier, exposer ou émettre en public, ni faire publier, exposer ou émettre en public une déclaration, une publication, un avis, un panneau, un symbole, un emblème ou une autre représentation qui

a) soit dénote une discrimination ou l'intention de faire une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale de cette personne ou de cette catégorie de personnes;

1998 CanLII 816 (SCC)

(b) is likely to expose a person or a class of persons to hatred or contempt

b) soit est susceptible d'exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine ou au mépris sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale de cette personne ou de cette catégorie de personnes.

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

3 Nul ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

(a) deny to any person or class of persons any goods, services, accommodation or facilities that are customarily available to the public, or

a) soit refuser à cette personne ou à cette catégorie de personnes des biens, des services, l'hébergement ou l'accès à des équipements habituellement offerts au public;

(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,

b) soit exercer une discrimination à l'égard de cette personne ou de cette catégorie de personnes relativement à des biens, des services, l'hébergement ou des équipements habituellement offerts au 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

4 Nul ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'ascendance, du lieu d'origine, de l'état matrimonial, de la source de revenu ou de la situation familiale d'une personne ou d'une catégorie de personnes:

(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

a) soit refuser de louer à une personne ou à une catégorie de personnes un local commercial ou un logement individuel annoncé ou par ailleurs offert en location;

(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,

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes relativement aux conditions de location d'un local commercial ou d'un logement individuel.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

7(1) Nul employeur ne doit sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la situation familiale ou de la source de revenu d'une personne ni de quiconque:

a) soit refuser d'employer ou refuser de continuer d'employer cette personne;

b) soit exercer une discrimination à l'égard de cette personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

(2) En ce qui concerne l'âge et l'état matrimonial, le paragraphe (1) est sans effet sur l'application de tout régime de retraite légitime ou des modalités de tout régime d'assurance collective ou d'employés légitime.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

8(1) Nul ne doit utiliser ou mettre en circulation une formule de demande d'emploi, publier une annonce relative à un poste, existant ou éventuel, ni adresser par écrit ou de vive voix à un candidat une demande de renseignements qui:

a) soit comporte, directement ou indirectement, une restriction, une condition ou une préférence exprimant une discrimination fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance, le lieu d'origine, la situation familiale ou la source de revenu de qui que ce soit;

b) soit oblige le candidat à fournir de l'information relative à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'état matrimonial, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à la situation familiale ou à la source de revenu.

1998 CanLII 816 (SCC)

(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,

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

10 Nul syndicat, organisme professionnel et nulle association patronale, ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la situation familiale ou de la source de revenu d'une personne ou d'un adhérent:

a) exclure une personne de ses rangs;

b) expulser ou suspendre un adhérent;

c) exercer une discrimination à l'égard d'une personne ou d'un adhérent.

11.1 La personne à qui l'on reproche d'avoir enfreint la Loi est réputée ne pas y avoir contrevenu si elle établit que les actes reprochés étaient raisonnables et justifiables dans les circonstances.

16(1) La commission a les attributions suivantes:

a) promouvoir le principe selon lequel tous sont égaux en ce qui concerne la dignité, les droits et les obligations, sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance, au lieu d'origine, à l'état matrimonial, à la source de revenu ou à la situation familiale;

b) promouvoir la sensibilisation au patrimoine multiculturel de la société albertaine, sa valorisation et son respect;

c) promouvoir un milieu où tous les Albertains peuvent participer et contribuer à la vie culturelle, sociale, économique et politique de l'Alberta;

d) inciter tous les secteurs de la société albertaine à offrir l'égalité des chances;

e) faire de la recherche, ainsi que concevoir et mettre en œuvre des programmes d'éducation en vue de la suppression des pratiques discriminatoires fondées sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance, le lieu d'origine, l'état matrimonial, la source de revenu ou la situation familiale;

1998 CanLII 816 (SCC)

(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.

f) promouvoir la compréhension, l'acceptation et le respect de la présente loi;

g) encourager et coordonner la mise en œuvre de programmes et d'activités publics et privés en matière de droits de la personne;

h) conseiller le ministre sur les questions se rapportant à la présente loi.

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.

Charte canadienne des droits et libertés

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.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

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.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1994), 152 A.R. 1

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1994), 152 A.R. 1

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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*.

11 Les appelants ont demandé au juge Russell, maintenant juge à la Cour d'appel, de rendre un jugement déclaratoire portant 1) que les art. 3 et 4 ainsi que les par. 2(1) et 7(1) de l'*IRPA* sont incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte* et violent leurs droits en raison de l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, 2) que M. Vriend a le droit de formuler, en application de l'*IRPA*, une plainte pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et 3) que les homosexuels ont droit à la protection de l'*IRPA*.

At the outset she found that the appellants had standing to challenge s. 10 as well as the other sections.

12 Tout d'abord, le juge Russell a conclu que les appelants avaient qualité pour contester la validité de l'art. 10 de même que celle des autres dispositions.

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.

13 Elle s'est dite convaincue que la discrimination exercée contre les homosexuels [TRADUCTION] «est si notoire qu'il y aurait lieu, pour le tribunal, d'en prendre connaissance d'office, à l'exclusion de tout élément de preuve» (p. 6). Elle a examiné ensuite la question de savoir si les homosexuels constituaient une minorité distincte et isolée ayant droit à la protection prévue au par. 15(1) de la *Charte* et elle a conclu que l'orientation sexuelle est à juste titre considérée comme un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Cette question a été depuis lors tranchée dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, où notre Cour a statué que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue.

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

14 Le juge Russell s'est ensuite demandé si l'omission dans l'*IRPA* de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite constituait une discrimination en application de l'art. 15 de la *Charte*. Elle a rappelé qu'une distinction discriminatoire établie par la loi pouvait résulter soit d'une action, soit d'une omission. Dans l'arrêt *Haig c. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, la Cour d'appel de l'Ontario, tenant compte du contexte social, politique et juridique plus général, a conclu que l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constituait une discrimination contraire au par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Russell a souscrit à cette conclusion. Elle a pris note des remarques incidentes du juge L'Heureux-Dubé

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).

dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 436, selon lesquelles les provinces pouvaient interdire la discrimination fondée sur certains motifs et non sur d'autres, sans violer pour autant la *Charte*. Toutefois, selon elle, l'orientation sexuelle est liée au sexe comme motif de distinction illicite et, [TRADUCTION] «[b]ien qu'elle n'ait pas l'obligation de légiférer pour interdire la discrimination sexuelle, lorsqu'elle le fait, la province doit garantir une protection égale de manière non discriminatoire, ou justifier l'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*.

Le juge Russell a fait remarquer par ailleurs qu'il n'était pas nécessaire de conclure à l'existence d'une intention d'exercer une discrimination odieuse pour qu'il y ait discrimination et elle a ajouté (aux pp. 13 et 14):

> [TRADUCTION] Peu importe qu'il y ait eu ou non intention d'exercer une discrimination, la décision du législateur de ne pas reconnaître les homosexuels dans la Loi a pour effet de renforcer les stéréotypes et préjugés négatifs et, par conséquent, de les perpétuer et de les tolérer tacitement. Il ressort des faits de cette affaire que la loi a eu un effet particulier sur l'appelant, M. Vriend. Lorsqu'il a été congédié sur la base de ses caractéristiques personnelles, il s'est vu privé du recours légal conféré aux membres d'autres groupes qui sont défavorisés de façon similaire. Il s'agit d'une discrimination portant atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

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.

En ce qui concerne la justification sous le régime de l'article premier, le juge Russell a conclu que le ministère public n'avait pas satisfait aux exigences de cette disposition, n'ayant présenté aucun élément susceptible de justifier la violation. Même si le ministère public n'avait pas été tenu d'établir la justification, elle aurait conclu que la violation n'était pas justifiable. Elle est arrivée à la conclusion que la limitation était incompatible avec l'objectif et les principes énoncés dans le préambule de l'*IRPA*, de sorte qu'aucun objectif législatif se rapportant à une préoccupation urgente et réelle ne la justifiait. Elle a conclu en outre que la négation des recours prévus par l'*IRPA* n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif de protéger les droits individuels et que, l'omission étant totale, il ne s'agissait pas d'une atteinte minimale.

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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).

17 Le juge Russell a examiné les mesures correctives possibles en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ont été énoncées dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et elle a conclu que les seules solutions qui s'offraient en l'espèce étaient soit l'annulation des dispositions de la Loi, avec ou sans suspension de la déclaration d'invalidité, soit l'interprétation large. Elle a statué que, tout comme dans l'affaire *Haig*, l'interprétation large était la réparation la plus appropriée en l'espèce. L'omission était définie de manière précise et pouvait facilement être corrigée au moyen de l'interprétation large. Au surplus, cette dernière solution était préférable parce qu'elle préservait l'objectif de la Loi, empiétait moins que l'invalidation et n'avait pas de répercussions financières aussi importantes qu'une modification substantielle du texte législatif. Le juge Russell a donc ordonné que les dispositions pertinentes de la Loi soient [TRADUCTION] «interprétées et appliquées comme si les mots "orientation sexuelle" y figuraient» (p. 19).

B. *Alberta Court of Appeal* (1996), 181 A.R. 16

1. McClung J.A.

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*.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (1996), 181 A.R. 16

1. Le juge McClung

18 Le juge McClung a conclu que la première question à trancher était de savoir si l'*IRPA* [TRADUCTION] «dans sa version actuelle, était visée» par la *Charte* (à la p. 22). Il s'est dit d'avis que l'omission de l'«orientation sexuelle» comme motif de distinction illicite n'équivalait pas à une action gouvernementale pour l'application du par. 32(1) de la *Charte*. Selon lui, les dispositions de la *Charte* ne pouvaient obliger la législature à adopter une disposition portant sur une question «controversée» lorsqu'elle avait décidé de ne pas le faire. Il a conclu que la province n'avait pas exercé son pouvoir dans un domaine de façon à être assujettie à l'al. 32(1)*b*) de la *Charte*.

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

19 Le juge McClung a critiqué les motifs du juge Russell parce qu'ils s'appuient sur la proposition voulant que les dispositions des lois sur les droits de la personne doivent «refléter» exactement celles de la *Charte*. Il a signalé l'existence de certaines différences entre les provinces pour ce qui concerne les motifs de distinction illicites prévus dans

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).

les lois sur les droits de la personne, et il a dit que les provinces devaient avoir une marge de manœuvre dans l'exercice des pouvoirs que leur confère l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Exiger que toute loi soit compatible avec la *Charte* [TRADUCTION] «sonnerait le glas de l'autonomie législative provinciale» (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).

Même si l'omission du législateur pouvait faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* en application du par. 32(1), le juge McClung a conclu qu'il n'y avait pas violation du par. 15(1). Selon lui, l'*IRPA* n'établissait pas de distinction entre les homosexuels et les hétérosexuels non plus qu'elle ne créait de fardeaux, de limitations ou d'inconvénients pour les homosexuels ni ne les privait d'avantages ou de possibilités. Il a conclu que toute inégalité pouvant exister entre homosexuels et hétérosexuels existait indépendamment de l'*IRPA* car cette dernière était neutre, et [TRADUCTION] «n'accordait ni ne refusait d'avantage à personne et ne privait aucun Canadien de sa protection» (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.

Bien qu'il ait conclu à l'absence de violation de la *Charte*, le juge McClung s'est demandé quelle aurait été la réparation appropriée s'il y avait eu non-respect de la *Charte*. Il s'est dit en désaccord avec la décision du juge Russell de recourir à l'interprétation large et il a estimé qu'il était préférable de déclarer la Loi inconstitutionnelle et invalide, puis de suspendre la déclaration afin de [TRADUCTION] «permettre au législateur, plutôt qu'aux tribunaux, de corriger la situation» (p. 29). Le juge McClung a laissé entendre que l'interprétation large constituait un empiétement du pouvoir judiciaire sur le domaine législatif qui devait être évité dans la mesure du possible. Par conséquent, il aurait plutôt déclaré la Loi *ultra vires* et aurait suspendu ce jugement pour une période d'un an afin de permettre à la législature de remédier aux lacunes de l'*IRPA*. Cependant, pour les motifs indiqués précédemment, il a accueilli l'appel.

2. O'Leary J.A.

2. Le juge O'Leary

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*

À l'instar du juge McClung, le juge O'Leary a conclu que l'appel devait être accueilli, mais pour des motifs différents. Il a tenu pour acquis que la

1998 CanLII 816 (SCC)

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).

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.

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)

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.

Charte s'appliquait à l'*IRPA* et il a fondé sa décision sur le fait que, selon lui, la Loi n'établissait pas une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. À son avis, il n'y avait donc aucune violation du par. 15(1).

23 Le juge O'Leary s'est penché sur l'«obstacle initial» de l'analyse fondée sur le par. 15(1) qui consiste à établir qu' [TRADUCTION] «une ou plusieurs dispositions de la loi créent entre des personnes, expressément ou en raison d'un "effet préjudiciable", une distinction qui est contraire au par. 15(1)» (p. 40). Il y a lieu de ne pas confondre avec une situation sociale dont l'existence n'a rien à voir avec l'adoption d'une disposition. Selon le juge O'Leary, en raison du silence de la l'*IRPA* au sujet de l'orientation sexuelle, aucune distinction n'était établie entre des personnes sur le fondement de l'orientation sexuelle.

24 Il a conclu que l'*IRPA* ne créait une distinction qu'entre [TRADUCTION] «les motifs de distinction illicites qu'elle prévoyait et les divers motifs qui auraient pu être interdits, mais ne l'étaient pas (dont l'orientation sexuelle)» (p. 42), et qu'il ne pouvait donc s'agir d'une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. Par conséquent, le juge O'Leary était d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler le jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance, pour le motif que l'*IRPA* n'établissait aucune distinction contraire au par. 15(1).

3. Le juge Hunt (dissidente)

25 Le juge Hunt était en partie d'accord avec la décision du juge Russell, et elle a conclu que les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l'art. 10 de l'*IRPA* violaient le par. 15(1) et n'étaient pas sauvegardés par l'article premier. Elle a estimé toutefois que l'interprétation large ne constituait pas la réparation appropriée. En ce qui concerne la violation de l'art. 15, elle est arrivée à la même conclusion que le juge Russell, mais à l'issue d'un raisonnement légèrement différent, en partie en raison des arrêts *Egan*, précité, *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, qui avaient alors été rendus.

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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*.

D'entrée de jeu, le juge Hunt a écarté l'argument voulant que le par. 15(1) ne s'applique pas en l'espèce parce qu'il était question d'une activité privée. C'était une loi de la législature et non une activité privée qui était contestée dans la présente affaire et la législation provinciale était clairement assujettie à la *Charte*.

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.

Le juge Hunt n'est pas d'accord avec le juge Russell pour dire que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est «directement liée» à la discrimination fondée sur le sexe et qu'une analogie devait être faite entre la présente espèce et les arrêts *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii, et *McKinney*, précité, où une protection était offerte contre la discrimination fondée sur le sexe et l'âge, mais seulement de façon limitée.

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".

Elle a examiné ensuite le contexte et l'objet de l'*IRPA*, de même que son incidence sur les personnes auxquelles elle s'applique et sur celles qui sont exclues de son champ d'application. Elle a conclu que la Loi visait à assurer à tous les citoyens de l'Alberta un traitement égal et que le contexte était celui de l'existence d'une discrimination contre un groupe qui avait de tout temps été défavorisé. Le juge Hunt est arrivée à la conclusion suivante (à la p. 58): [TRADUCTION] «compte tenu de ces éléments et du contexte en l'espèce, je suis d'avis que le fait de ne pas accorder la protection de l'*IRPA* aux homosexuels peut être considéré comme une forme d'action gouvernementale qui équivaut à approuver qu'une discrimination continue d'être exercée contre les homosexuels. Ainsi, en l'espèce, le silence de la loi établit une 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.

Le juge Hunt aurait donc statué que la distinction établie était suffisante pour conclure à la violation potentielle du par. 15(1). Selon elle, il était dès lors [TRADUCTION] «facile de conclure» (p. 59) que cette distinction niait aux homosexuels, en tant que groupe, le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, étant donné qu'ils ne pouvaient pas invoquer la protection de l'*IRPA* ni recourir au mécanisme prévu pour la faire respecter.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

30 La question qui se posait ensuite était de savoir si cette distinction engendrait une discrimination. Selon le juge Hunt, l'application de l'une ou l'autre des méthodes énoncées dans l'arrêt *Egan* permettait de conclure à l'existence d'une discrimination en l'espèce. La négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi était, dans la présente affaire, purement fondée sur l'orientation sexuelle, et non sur les mérites ou les besoins, et elle renforçait le stéréotype voulant que les homosexuels méritent moins d'être protégés et soient moins dignes d'être valorisés en tant qu'êtres humains. Même en analysant la pertinence de la distinction en fonction des objectifs de la loi, il est [TRADUCTION] «impossible de voir comment une loi fondée sur la notion de la dignité inhérente de chacun peut avoir, comme objectif législatif pertinent, le traitement inégal de certains membres de la société» en raison de leur appartenance à un groupe (à la p. 60). Il s'agit en l'espèce d'un cas où les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent l'omission sont elles-mêmes discriminatoires.

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.

31 Relativement à l'article premier de la *Charte*, le juge Hunt a fait observer que le ministère public n'avait présenté aucune preuve pour justifier l'omission conformément à cette disposition. Elle a conclu que les éléments compris dans le mémoire du ministère public ne permettaient pas de procéder à une analyse fondée sur l'article premier et elle a estimé que le caractère ténu de la preuve du ministère public à cet égard appuyait en soi la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'a pas été établi que les dispositions incriminées sont justifiées conformément à l'article premier. De toute façon, l'omission ne pouvait satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* en matière de justification.

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.

32 Bien qu'elle ait estimé injustifiable la violation du par. 15(1), le juge Hunt n'était pas d'accord avec la réparation accordée par le juge de première instance. Elle privilégiait plutôt une réparation ne s'appliquant qu'à la situation considérée en l'espèce et aux dispositions les plus directement visées, soit la discrimination liée à l'emploi (art. 7), les avis en matière d'emploi (art. 8) et l'activité syndicale (art. 10), respectivement.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

Malgré l'existence de certains éléments militant en faveur du recours à l'interprétation large, le juge Hunt s'est demandé si cette technique permettait une précision suffisante et quelle serait l'incidence possible de l'interprétation large sur le par. 7(2) de l'*IRPA*, qui porte sur les régimes de retraite, de pension et d'assurance.

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*.

Le juge Hunt est donc arrivée à la conclusion qu'il était préférable de déclarer invalides les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l'art. 10 de l'*IRPA* dans la mesure où ils sont incompatibles avec la *Charte*. Comme une déclaration d'invalidité d'application immédiate priverait tous les citoyens de protection, contrairement aux objectifs de la *Charte*, elle aurait suspendu l'application de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de permettre à la législature d'harmoniser la Loi avec la *Charte*.

C. *Alberta Court of Appeal Supplementary Reasons Regarding Costs* (1996), 184 A.R. 351

C. *Motifs supplémentaires de la Cour d'appel de l'Alberta concernant les dépens* (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.

Le juge O'Leary (avec l'appui du juge McClung) a statué que les circonstances de l'espèce ne justifiaient pas une entorse à la règle habituelle consistant à adjuger les dépens à la partie qui a gain de cause. Il a reconnu que la Cour d'appel avait un pouvoir discrétionnaire en la matière et que le caractère d'intérêt public de l'affaire pouvait être invoqué pour ne pas accorder les dépens à la partie qui a gain de cause. Il a fait cependant remarquer que cette avenue avait été écartée dans certaines affaires.

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.

Il a donc adjugé au ministère public les dépens de l'appel sur la base des frais entre parties, ce qui inclut tous les débours raisonnables, sauf les frais de déplacement et d'hébergement, ainsi que les honoraires pour la présentation d'observations écrites sur la question des dépens et celle des honoraires d'un deuxième avocat.

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

Le juge Hunt, dissidente, a fait observer que la décision de la Cour d'appel était partagée à deux contre un, que les trois juges avaient rédigé des motifs distincts et qu'une question de droit à la fois importante et nouvelle était en cause. Elle a égale-

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.

ment relevé plusieurs affaires où aucuns dépens n'ont été adjugés, dont *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, et *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

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).

38 Le juge Hunt a convenu que les ressources de l'État ne devaient pas être tenues pour illimitées et que les ressources relatives des parties ne constituaient pas le facteur déterminant. Elle a fait aussi valoir que, contrairement au niveau fédéral, l'Alberta n'était pas dotée d'un programme d'appui financier aux personnes qui saisissent les tribunaux de questions importantes liées à l'application de la *Charte*. Il s'agissait en l'espèce non seulement d'une affaire sans précédent, mais également d'une affaire qui pouvait [TRADUCTION] «véritablement être qualifiée de cause type», c'est-à-dire que l'établissement de la règle elle-même avait plus d'importance que son incidence sur les parties (à la p. 358). Selon le juge Hunt, la question juridique soulevée comportait un [TRADUCTION] «important volet d'intérêt public» (à la p. 358).

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.

39 Étant donné tous ces facteurs, le juge Hunt a conclu qu'il conviendrait de condamner les intimés (les appelants en cour d'appel) aux dépens, même s'ils avaient eu gain de cause en appel. Cependant, les appelants (intimés en cour d'appel) en l'espèce n'ayant demandé qu'une ordonnance sans frais, telle est l'ordonnance qu'elle aurait rendue.

IV. Issues

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,

IV. Les questions en litige

40 Les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour sont les suivantes:

1. Est-ce que a) soit la décision de ne pas inclure l'orientation sexuelle, b) soit la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans le préambule et dans les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et ses modifications, intitulée maintenant *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, a pour effet de nier les droits garantis par

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou d'y porter atteinte?

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que la négation ou l'atteinte peut être justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les parties ont également soulevé certaines questions relativement à la qualité pour agir, à l'application de la *Charte* et à la réparation appropriée.

V. L'analyse

A. *La qualité pour agir*

Les appelants contestent la validité du préambule ainsi que celle des art. 3, 4 et 10 ainsi que des par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) de l'*IRPA*. Les intimés dans le cadre du présent pourvoi font valoir que les appelants ne devraient avoir qualité pour agir qu'à l'égard des dispositions de l'*IRPA* qui se rapportent à l'emploi, savoir les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l'art. 10, étant donné que les faits de l'affaire concernent la discrimination dans l'emploi. Le procureur général du Canada va même plus loin en soutenant que la seule disposition pertinente en l'espèce est le par. 7(1), qui vise expressément la discrimination dans les pratiques en matière d'emploi.

L'avis de requête introductive d'instance produit par les appelants au greffe de la Cour du Banc de la Reine renvoie aux art. 3 et 4 ainsi qu'aux par. 2(1) et 7(1) de l'*IRPA*. Pendant l'instruction, les appelants ont été autorisés à modifier leur demande afin d'y ajouter l'art. 10 qui avait été omis par inadvertance. Pour rendre cette décision, le juge Russell a appliqué le critère établi dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, précité, pour déterminer s'il y avait lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public, et elle a conclu que les appelants avaient aussi qualité pour contester l'art. 10. La formulation de cette conclusion donne à penser que les appelants avaient également qualité pour contester les autres dispositions de la Loi mentionnées dans l'avis de requête introductive d'instance. Aucun motif ne justifie une remise en question de cette évaluation.

1998 CanLII 816 (SCC)

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)).

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.

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

44 Dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* (à la p. 253), notre Cour a dit que trois aspects devaient être considérés:

Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

Je suis d'avis que ces critères sont respectés pour chacune des dispositions énumérées par les appelants (le préambule, les art. 3, 4 et 10, ainsi que les par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1)).

45 Une question sérieuse est soulevée quant à la validité constitutionnelle de chacune de ces dispositions. La question se pose substantiellement de la même façon pour toutes les dispositions où l'orientation sexuelle est exclue des motifs de distinction illicites. La validité constitutionnelle du par. 7(1) ou des par. 7(1) et 8(1), ainsi que de l'art. 10, n'est pas davantage contestable que celle des autres dispositions relatives à la discrimination. Les intimés prétendent qu'aucune question sérieuse n'est soulevée quant à la validité constitutionnelle du préambule et de l'art. 16 (qui énonce les attributions de la Human Rights Commission), car ceux-ci ne confèrent aucune protection ni aucun avantage précis. Certes, ces dispositions ne confèrent pas directement un avantage ou une protection, mais on peut soutenir qu'elles le font de façon indirecte. Une omission dans ces dispositions pourrait bien avoir à tout le moins certains des effets d'une omission dans les autres dispositions, de sorte qu'elle soulève une question sérieuse sur le plan de la validité constitutionnelle.

46 En outre, M. Vriend et les autres appelants ont un intérêt véritable et valable à l'égard de l'ensemble des dispositions qu'ils cherchent à contester. Monsieur Vriend, en tant que particulier, et les organisations appelantes ont un intérêt direct à l'égard de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'ensemble des formes de discrimination. La question en litige en l'occurrence est l'exclusion de l'orientation sexuelle comme motif ouvrant droit à la protection de la Loi et aux recours que celle-ci prévoit pour la protection des droits de la per-

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

sonne. Il ne s'agit pas d'un cas de discrimination dans l'emploi par opposition aux autres formes de discrimination exercées dans le secteur privé et visées par les dispositions législatives provinciales sur les droits de la personne. Dans la mesure où la situation particulière de l'appelant M. Vriend et les faits de l'espèce sont pertinents pour établir quelles sont les questions soulevées par le pourvoi, c'est le non-accès à la procédure relative aux plaintes présentées à l'Alberta Human Rights Commission qui est l'élément essentiel de la présente affaire, et non le congédiement de l'appelant par le King's College. Il appartient à la Human Rights Commission d'examiner les questions relatives au congédiement, lesquelles sont étrangères au présent pourvoi. Il convient aussi de rappeler que M. Vriend n'est que l'un des quatre appelants. Les trois autres sont des organisations qui s'intéressent généralement aux droits des homosexuels et à leur protection contre la discrimination dans tous les domaines. Rien ne limite leur participation au présent pourvoi aux questions liées à l'emploi.

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.

Pour ce qui concerne le troisième critère, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur son orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimination. Ce résultat ne saurait donner satisfaction.

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.

Aussi, il importe de rappeler que toutes les dispositions se ressemblent beaucoup et que leur constitutionnalité ne dépend pas d'un contexte factuel particulier. Le fait que les homosexuels ont été victimes de discrimination dans tous les aspects de leur vie est reconnu dans l'arrêt *Egan*, précité. Il n'est donc vraiment pas nécessaire de produire des éléments de preuve supplémentaires quant aux dispositions relatives à la discrimination dans les autres domaines que l'emploi.

1998 CanLII 816 (SCC)

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*.

49 En conséquence, les appelants ont qualité pour contester la validité de toutes les dispositions mentionnées dans les questions constitutionnelles, soit le préambule, les art. 3, 4 et 10 ainsi que les par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) de l'*IRPA*.

B. *Application of the Charter*

B. *L'application de la Charte*

1. Application of the *Charter* to a Legislative Omission

1. Application de la *Charte* à l'omission du législateur

Does s. 32 of the *Charter* prohibit consideration of a s. 15 violation when that issue arises from a legislative omission?

50 L'article 32 de la *Charte* soustrait-il l'omission du législateur à l'application de l'art. 15?

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.

51 Les intimés (les appelants dans le cadre du pourvoi incident) font valoir que, parce qu'il s'agit en l'espèce d'une omission du législateur, l'art. 15 de la *Charte* ne devrait pas s'appliquer en vertu de l'art. 32. Cette prétention ne saurait être acceptée.

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.

52 Cette question est donc tranchée simplement en déterminant si l'objet de la contestation en l'espèce en est un auquel la *Charte* s'applique en vertu de l'art. 32. Les questions relatives à la nature de la décision prise par le législateur, à l'effet de cette décision et à son caractère neutre concernent plutôt l'analyse fondée sur l'art. 15. Le critère préliminaire exige seulement qu'il s'agisse d'un «domaine relevant de [la] législature» lequel est le véritable sujet de l'analyse fondée sur la *Charte*. À ce stade initial, aucune conclusion ne doit être tirée concernant la nature ou la validité de ce «domaine» ou de ce sujet. Il ne faut pas accorder une trop grande importance à l'application du critère préliminaire, car cela pourrait bien soustraire inutilement des domaines importants à une véritable analyse fondée sur la *Charte*.

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

53 Une confusion supplémentaire résulte des arguments avancés relativement aux rôles respectifs du législateur et des tribunaux dans le cadre de l'analyse afférente à l'art. 32. Selon ces arguments, les tribunaux doivent respecter la décision du législateur de ne pas adopter une disposition en particulier, et la portée de l'examen fondé sur la *Charte* devrait être limitée de façon qu'une telle décision ne puisse être contestée. Je ne peux accepter cette thèse. Outre la distinction très problématique faite

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

entre l'action et l'inaction du législateur, cet argument vise à modifier substantiellement la nature des considérations relatives au respect dû au législateur dans le cadre d'une analyse fondée sur la *Charte*. La retenue exercée à juste titre à l'égard des choix du législateur sera prise en compte d'abord pour décider si une limite est justifiée conformément à l'article premier et à nouveau pour déterminer la réparation qu'il convient d'accorder pour remédier à une violation de la *Charte*. Mon collègue le juge Iacobucci approfondit ces questions dans ses motifs.

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).

La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait cependant pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*. Le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta a critiqué l'application de la *Charte* à l'omission du législateur, qu'il voit comme un empiétement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Il s'est dit opposé à ce que les juges dictent les lois provinciales sous prétexte d'examen constitutionnel. À son avis, la décision du législateur de ne pas légiférer dans un domaine qui relève de sa compétence, spécialement un domaine controversé, devrait échapper à tout examen judiciaire: [TRADUCTION] «La législature provinciale qui opte pour le silence n'a pas à suivre la ligne tracée par la *Charte*. Sur le plan constitutionnel, elle n'a pas à suivre du tout.[. . .] Les provinces n'ont pas souscrit à la *Charte canadienne des droits et libertés* pour autoriser le gouvernement fédéral à établir des lois en leur lieu et place, mais seulement pour assujettir celles-ci à certaines exigences une fois qu'elles sont promulguées — si toutefois elles le sont» (pp. 25 et 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

Plusieurs éléments peuvent être avancés pour réfuter cette proposition. Premièrement, la contestation constitutionnelle vise en l'espèce une loi dûment promulguée. Que la portée trop limitative de l'*IRPA* soit en cause ne change rien au fait qu'en l'occurence, l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir,

1998 CanLII 816 (SCC)

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*.

comme le juge McClung semble le laisser entendre. Je reviendrai sur ces questions un peu plus loin. Je tiens à signaler à ce stade-ci que les motifs du juge McClung impliquent également une remise en question plus fondamentale du rôle des tribunaux sous le régime de la *Charte*, à laquelle il faut réagir. Mon collègue le juge Iacobucci se penche sur la question dans ses motifs, et il n'y a pas lieu de reprendre ici l'analyse qu'il en fait. Toutefois, il peut être utile, à ce moment-ci, de clarifier le rôle des tribunaux appelés à se prononcer sur une omission du législateur contestée sur le fondement de la *Charte*.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

On prétend que le présent pourvoi constitue un affrontement entre le pouvoir des législatures démocratiquement élues d'adopter les lois qu'elles jugent appropriées et celui des tribunaux d'invalider ces lois ou de prescrire l'intégration de certains éléments à celles-ci. Il s'agit d'une façon trompeuse et erronée de présenter le litige. Ce ne sont tout simplement pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution, que les tribunaux doivent interpréter. Il en est nécessairement ainsi dans toutes les démocraties constitutionnelles. Les citoyens doivent avoir le droit de contester les lois qui outrepassent à leur avis les pouvoirs d'une législature. Lorsqu'un tel recours est dûment exercé, les tribunaux sont constitutionnellement tenus de trancher. On prétend toutefois que la présente affaire se distingue parce que la contestation porte essentiellement sur le fait que le législateur n'a pas accordé la protection d'une loi à un groupe de personnes en particulier. Les tenants de cette théorie tiennent pour acquis que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une telle distinction n'a aucun fondement juridique. Dans toute affaire, y compris en l'espèce, les tribunaux ont l'obligation de déterminer si la contestation est justifiée. Contrairement à ce qu'a laissé entendre le juge McClung, il ne s'agit pas pour les tribunaux d'imposer leur vision de la législation «idéale», mais bien de déterminer la constitutionnalité de l'action ou de l'omission du législateur qui est attaquée.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

La proposition du juge McClung selon laquelle l'intervention des tribunaux est inopportune en l'espèce s'appuie sur le postulat voulant que le «silence» du législateur soit «neutre» en l'occurrence. Or, les questions que soulève la prétendue neutralité ne peuvent être analysées que dans le contexte de l'art.15, à défaut de quoi on ne saurait dire si l'omission est neutre ou non. La neutralité ne peut être présumée, sinon l'omission échapperait à l'examen judiciaire fondé sur la *Charte*. Les appelants ont contesté la loi pour le motif qu'elle viole la Constitution du Canada, et les tribunaux doivent statuer sur leurs allégations. Si, comme le soutiennent les appelants, l'*IRPA* prive certaines personnes des avantages et de la protection qu'elle accorde à d'autres et ce, d'une façon qui va à l'encontre des droits à l'égalité garantis par la *Charte*, les tribunaux n'ont d'autre choix que de rendre un jugement en ce sens. Se soustraire à cette obligation compromettrait la Constitution et la primauté du droit.

58 Let us now consider the substance of the respondents' position on this issue.

Examinons maintenant les points essentiels de la thèse des intimés sur la question.

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.

Les intimés prétendent que le choix délibéré de ne pas légiférer ne doit pas être assimilé à une action gouvernementale et, par conséquent, ne peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Cette thèse ne saurait être retenue. Les intimés font valoir qu'il doit y avoir un certain «exercice» du pouvoir dans un «domaine visé à l'art. 32» pour que la *Charte* s'applique à la décision de la législature. Or, ni le libellé de l'art. 32 ni la jurisprudence relative à l'application de la *Charte* n'exigent une telle limitation du champ d'application de la *Charte*.

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

L'alinéa 32(1)*b*) dit que la *Charte* s'applique «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement des domaines relevant de cette législature. Dianne Pothier a fait remarquer à juste titre que l'art. 32 est [TRADUCTION] «rédigé d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le

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.

législateur refuse d'exercer son pouvoir» («The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, à la p. 115). L'application de la *Charte* n'est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits.

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*.

61 La constitutionnalité de l'*IRPA* est contestée pour le motif qu'elle ne protège pas des droits garantis par la *Charte*, c'est-à-dire en raison de sa portée trop limitative. Le seul fait que la Loi soit contestée pour sa portée trop limitative ne devrait pas nécessairement rendre la *Charte* inapplicable. Si l'omission n'était pas assujettie à la *Charte*, la loi trop limitative, rédigée de façon à simplement omettre une catégorie plutôt qu'à l'exclure expressément, serait à l'abri de toute contestation fondée sur la *Charte*. Si ce point de vue était jugé valable, la forme et non le fond déterminerait si la loi peut être contestée, ce qui serait illogique, mais surtout injuste. Par conséquent, lorsque, comme en l'espèce, la contestation vise une loi adoptée par la législature qui est trop limitative en raison d'une omission, l'art. 32 ne devrait pas être interprété comme faisant obstacle à l'application de la *Charte*.

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.

62 L'on pourrait également soutenir, en l'espèce, que la décision délibérée d'omettre l'orientation sexuelle dans les dispositions de l'*IRPA* est un «acte» du législateur à laquelle la *Charte* devrait s'appliquer. Les mesures concrètes et réfléchies que le gouvernement a prises pour faire en sorte que les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne puissent présenter une plainte à la Human Rights Commission étayent cet argument qui n'en est que plus convaincant. Cependant, il n'est pas nécessaire de l'invoquer pour arriver à la conclusion que la *Charte* s'applique.

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),

63 Il est également inutile de se demander si un gouvernement pourrait à juste titre faire l'objet d'une contestation fondée sur l'art. 15 de la *Charte* parce qu'il n'a pas agi du tout, par opposition à un cas où, comme en l'espèce, il a agi d'une manière trop limitative. Notre Cour a statué que certaines dispositions de la *Charte*, notamment celles qui

1998 CanLII 816 (SCC)

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 and 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.

portent sur les droits d'une minorité linguistique (art. 23), imposent en effet à un gouvernement l'obligation positive de prendre des mesures pour assurer le respect de ces droits (voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, à la p. 393, et *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, aux pp. 862, 863 et 866).

Il n'a pas été nécessaire jusqu'ici de déterminer si dans d'autres contextes la *Charte* pouvait faire peser sur le législateur provincial ou fédéral, des obligations positives, de telle sorte que le fait de ne pas légiférer pourrait être contesté en vertu de la *Charte*. Cette possibilité a cependant été envisagée, sans être écartée, dans certaines affaires. Par exemple, dans l'arrêt *McKinney*, le juge Wilson a fait la remarque incidente suivante: «il n'est pas évident en soi que le gouvernement ne pourrait être reconnu coupable de violation de la *Charte* pour avoir omis d'agir» (p. 412). Dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038, s'exprimant au nom de la majorité et s'appuyant sur les observations du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre que la *Charte* pourrait, dans certaines situations, imposer au gouvernement l'obligation positive de prendre des mesures concrètes. Enfin, dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, s'exprimant au nom de notre Cour, le juge La Forest laisse sans réponse la question de savoir si la *Charte* pourrait obliger l'État à prendre des mesures concrètes (au par. 73). Toutefois, il n'est ni nécessaire ni opportun d'examiner cette vaste question en l'espèce.

2. L'application de la *Charte* à l'activité privée

Les intimés soutiennent en outre qu'appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce serait réglementer une activité privée. Comme il a été décidé que la *Charte* ne s'applique pas aux activités privées (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *McKinney*, précité), les intimés font valoir qu'il serait inapproprié d'appliquer la *Charte* en l'espèce. Cet argu-

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

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)

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

ment ne peut être accepté. Appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce n'est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Il est vrai que l'*IRPA* vise des activités privées et, par conséquent, elle a une «incidence» sur de telles activités. Mais il ne s'ensuit pas que cette incidence indirecte devrait soustraire l'*IRPA* à l'application de la *Charte*. Il serait inacceptable qu'une loi échappe à l'examen fondé sur la *Charte* pour le seul motif qu'elle régit des activités privées.

66 L'argumentation des intimés ne fait aucune distinction entre l'«activité privée» et la «loi qui régit l'activité privée». La première n'est pas assujettie à la *Charte*, mais la seconde l'est manifestement. Le présent pourvoi porte sur une loi qui régit des activités privées. Il s'apparente à l'affaire *McKinney*, où le juge La Forest, au nom de la majorité de notre Cour, a dit qu'«[i]l n'y a aucun doute que puisque le [Human Rights] Code est une loi, la *Charte* s'y applique» (p. 290). Cette conclusion s'applique à la situation considérée en l'espèce. La présente contestation constitutionnelle porte sur l'*IRPA*, qui a été adoptée par la législature albertaine, et non sur les actes du King's College ou d'une autre personne ou entité privée, ce qui, selon moi, est suffisant pour rejeter les prétentions des intimés à cet égard.

C. *Le paragraphe 15(1)*

1. Façon d'appliquer le par. 15(1)

67 Les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* sont fondamentaux pour le Canada. Ils reflètent les rêves les plus chers, les espérances les plus élevées et les aspirations les plus nobles de la société canadienne. L'adoption du suffrage universel a eu pour effet de reconnaître, jusqu'à un certain point, l'importance de l'individu. En adoptant le par. 15(1), dont les dispositions ont une large portée et se caractérisent par un grand souci de justice fondamentale, le Canada a franchi une autre étape dans la reconnaissance de l'importance fondamentale et de la dignité inhérente de chacun. Cette démarche est non seulement louable, mais essentielle à la réalisation d'un objectif admirable: le droit de chacun à la dignité. C'est le moyen d'inspirer aux Canadiens un sentiment de fierté. Pour qu'il y ait

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

égalité, la valeur et l'importance intrinsèques de chaque individu doivent être reconnues sans égard à l'âge, au sexe, à la couleur, aux origines ou à d'autres caractéristiques de la personne. Cette reconnaissance devrait alors susciter chez tous les Canadiens un sentiment de dignité et de valorisation tout en leur inspirant la plus grande fierté et la satisfaction d'appartenir à une grande 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.

Presque intuitivement, tous comprennent la notion et le principe de l'égalité et y sont attachés. Il est facile de louer l'égalité comme le fondement d'une société juste qui permet à chacun de vivre dans la dignité et l'harmonie au sein de la collectivité. La difficulté consiste à la réaliser concrètement. Si difficile soit-il, cet objectif mérite qu'on livre une rude bataille pour l'atteindre. Ce n'est que dans un contexte d'égalité réelle que la fraternité et l'harmonie peuvent exister. C'est alors que chacun peut véritablement vivre dans la dignité.

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.

Il est facile de dire que quiconque «nous» ressemble a droit à l'égalité. Chacun de vous trouve cependant plus difficile de soutenir que les gens «différents», sous un aspect ou un autre, doivent jouir des mêmes droits à l'égalité que nous. Pourtant, dès que nous affirmons qu'un groupe énuméré au par. 15(1) ou un groupe analogue ne mérite pas la même protection et le même bénéfice de la loi, ou n'en est pas digne, toutes les minorités et toute la société canadienne se trouvent avilies. Il est si simple, en apparence, mais tellement préjudiciable, de dire de ceux qui ont une déficience ou dont la race, la religion, la couleur ou l'orientation sexuelle est différente qu'ils sont moins dignes d'estime. Or, lorsque l'égalité prévue à l'art. 15 est niée à un groupe visé ou à un groupe analogue, c'est l'égalité de chacune des autres minorités qui est menacée. Notre Constitution garantit le droit à l'égalité. La reconnaissance de ce droit aux minorités aurait pu, dans le passé, éviter les trop nombreuses tragédies qui ont ponctué l'histoire. Il ne faut jamais oublier que la discrimination est l'antithèse de l'égalité et que c'est la reconnaissance de l'égalité qui assure la dignité de chacun.

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.

Comment, dès lors, l'analyse fondée sur l'art. 15 doit-elle être effectuée? Dans l'arrêt *Egan*, la méthode comportant deux étapes employée dans

1998 CanLII 816 (SCC)

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 para. 128):

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.

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

les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, est résumée et décrite comme suit (aux par. 130 et 131):

La première [étape] consiste à déterminer si, en raison de la distinction créée par la disposition contestée, il y a eu violation du droit d'un plaignant à l'égalité devant la loi, à l'égalité dans la loi, à la même protection de la loi et au même bénéfice de la loi. À cette étape de l'analyse, il s'agit principalement de vérifier si la disposition contestée engendre, entre le plaignant et d'autres personnes, une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles.

Les distinctions créées par les lois n'emportent pas toutes discrimination. C'est pourquoi il faut, à la seconde étape, déterminer si la distinction ainsi créée donne lieu à une discrimination. À cette fin, il faut se demander, d'une part, si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées et, d'autre part, si la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres.

Le juge McLachlin adopte une méthode semblable dans l'arrêt *Miron* (au par. 128):

L'analyse fondée sur le par. 15(1) comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit «à la même protection» ou «au même bénéfice» de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit prouver que la négation repose sur l'un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal est fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe.

71 Dans les arrêts *Miron* et *Egan*, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major ont apporté un tempérament dont l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (au par. 64), dit qu'il «met l'accent sur la pertinence d'une distinction par rapport à l'objet du texte de loi, lorsque cet objet n'est pas lui-même discriminatoire, et elle reconnaît que certaines dis-

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

tinctions ne sont pas visées par l'art. 15». Cette méthode est dans une certaine mesure compatible avec l'idée que la discrimination comporte habituellement l'attribution de caractéristiques stéréotypées aux membres d'un groupe énuméré ou analogue.

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.

Toutefois, notre Cour a par la suite précisé que la discrimination ne résulte pas seulement de «l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe», bien que celle-ci puisse être observée dans de nombreux cas de discrimination. Comme le dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, aux par. 66 et 67:

> . . . le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées.
>
> Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. [. . .] L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence.

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 drawn 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

Ces méthodes préconisées relativement à l'analyse fondée sur le par. 15(1) ont été résumées et adoptées dans des arrêts ultérieurs, p. ex. *Eaton*, précité (au par. 62), *Benner*, précité (au par. 69), et plus récemment, *Eldridge*. Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a dit ce qui suit au nom de notre Cour (au par. 58):

> Bien que notre Cour n'ait pas adopté une approche uniforme à l'égard de cette disposition, il y a un large accord général sur le cadre d'analyse général: voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au par. 62, *Miron* et *Egan*, précités. La personne qui allègue une violation du par. 15(1) doit d'abord établir que, en raison d'une distinction faite entre elle et d'autres personnes, elle est privée de la «même protection» ou du «même bénéfice» de la loi. En deuxième lieu, elle doit démontrer que cette privation

1998 CanLII 816 (SCC)

of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto.

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*?

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*.

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

constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

74 Dans la présente espèce, comme dans les affaires *Eaton*, *Benner* et *Eldridge*, toute différence pouvant exister quant à la méthode à employer relativement au par. 15(1) ne modifie en rien le résultat, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Les exigences essentielles établies dans ces affaires sont respectées si l'on se demande premièrement s'il y a une distinction entraînant la négation du droit à l'égalité devant la loi ou dans la loi ou la négation du droit à la même protection ou au même bénéfice de la loi et, deuxièmement, si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue.

2. L'*IRPA* établit une distinction entre le plaignant et d'autres personnes sur le fondement d'une caractéristique personnelle et, à cause de cette distinction, elle prive le plaignant du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi

a) *L'IRPA établit-elle une distinction*?

75 Les intimés prétendent que, l'*IRPA* omettant simplement de mentionner l'orientation sexuelle, on ne peut conclure que ce «silence neutre» crée une distinction. Ils font valoir que l'*IRPA* assure tant aux hétérosexuels qu'aux homosexuels une protection entière contre la discrimination fondée sur les motifs qu'elle prévoit de sorte qu'aucune distinction n'est établie et, partant, aucune discrimination n'est exercée. Selon eux, si une distinction est établie sur le fondement de l'orientation sexuelle, elle est imputable à la société, et non à l'*IRPA*.

76 Ces arguments ne peuvent être acceptés. Ils sont fondés sur la notion «étroite et peu généreuse» de l'égalité que mentionne *Eldridge* (au par. 73). Il est bien établi qu'un traitement identique ne constitue pas toujours un traitement égal (voir notamment l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 164). Il est également clair que la formulation d'une exclusion ne devrait pas en masquer la nature de telle sorte que des exclusions libellées différemment soient trai-

1998 CanLII 816 (SCC)

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).

tées différemment. Par exemple, dans l'arrêt *Schachter*, à la p. 698, cette question est examinée dans le contexte de la réparation à accorder et l'arrêt *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.), est cité, aux pp. 384 et 385:

> [TRADUCTION] Lorsque l'État établit une distinction entre deux catégories de personnes, A et B,[. . .] la façon dont la disposition législative ou la loi est rédigée n'est pas pertinente sur le plan constitutionnel; c.-à-d. qu'il importe peu que la loi visée dispose: (1) A a droit aux bénéfices ou (2) tous ont droit aux bénéfices, sauf B. Dans les deux cas, le résultat est le même pour les membres du groupe B.

Les intimés concèdent que si les homosexuels étaient complètement exclus de la protection de l'*IRPA*, c'est-à-dire si elle ne les protégeait contre aucun des motifs de distinction qu'elle énumère, il y aurait discrimination. Manifestement, il s'agirait d'une discrimination des plus insignes. Il est vrai que les homosexuels ne sont pas entièrement exclus de la protection de l'*IRPA*. Ils peuvent en effet réclamer cette protection pour certains motifs. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'y a pas de discrimination. Par exemple, le fait qu'une homosexuelle et qu'une hétérosexuelle aient toutes deux le droit de déposer une plainte de discrimination fondée sur le sexe ne signifie pas qu'elles jouissent d'une protection égale sous le régime de la Loi. Les homosexuels sont toujours privés de protection contre la discrimination fondée sur le motif le plus susceptible de revêtir pour eux la plus grande importance, soit l'orientation sexuelle.

Les intimés tentent également d'établir une distinction entre la présente espèce et les arrêts *McKinney* et *Blainey*, précités. Dans *Blainey*, la loi ontarienne sur les droits de la personne interdisait la discrimination fondée sur le sexe, mais l'autorisait expressément au sein des organisations sportives. De même, dans *McKinney*, la loi incriminée interdisait la discrimination fondée sur l'âge, mais en matière d'emploi; l'«âge» était défini comme étant la période comprise entre 18 et 65 ans, ce qui privait les travailleurs âgés du bénéfice de la loi en raison de leur âge. Dans les deux cas, le tribunal a conclu que la loi violait le par. 15(1).

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

79 Selon les intimés, dans ces cas, le gouvernement ayant décidé d'assurer une protection, il devait le faire d'une façon non discriminatoire, mais en l'espèce, il y a lieu d'établir une distinction puisque l'*IRPA* est muette au sujet de l'orientation sexuelle. Le fait que le texte législatif limite explicitement la protection prévue (en l'accordant à certaines personnes au sein d'une catégorie, comme dans *McKinney*, ou en excluant un type particulier de discrimination, comme dans *Blainey*) ne permet à lui seul de déterminer si la loi établit une distinction. En l'espèce aussi, une protection partielle est accordée, bien que l'exclusion ou la limitation du régime de protection revête une forme différente de celles considérées dans les arrêts *McKinney* et *Blainey*. La protection contre la discrimination est assurée par le gouvernement, au moyen de l'*IRPA*, mais seulement à certains groupes.

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".

80 Si le simple silence de l'*IRPA* suffisait à la soustraire à l'examen fondé sur le par. 15(1), le législateur pourrait facilement contourner les objectifs de cette disposition en rédigeant des textes législatifs qui ne mentionne pas à dessein les groupes exclus. Ce serait faire fi de la reconnaissance, par notre Cour, du principe voulant qu'une loi trop limitative puisse être discriminatoire, lequel a été énoncé très clairement par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1240. S'exprimant au nom de la Cour, il a dit: «La couverture sélective constitue peut-être simplement un moyen détourné de permettre la discrimination».

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.

81 Il est évident que l'*IRPA*, en raison de sa portée trop limitative, établit effectivement une distinction et ce, sous deux rapports différents simultanément. Premièrement, une distinction est créée entre les homosexuels, d'une part, et les autres groupes défavorisés qui bénéficient de la protection de l'*IRPA*, d'autre part. Les homosexuels ne jouissent même pas d'une égalité formelle par rapport aux groupes protégés, puisque, ceux-ci sont explicitement inclus alors que les homosexuels ne le sont pas.

The second distinction, and, I think, the more fundamental one, is between homosexuals and heterosexuals. This distinction may be more diffi-

82 Deuxièmement, une distinction encore plus fondamentale, selon moi, est créée entre homosexuels et hétérosexuels. Elle peut être plus difficile à

cult 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 discrimination. 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 dis-

déceler parce qu'il y a en apparence une certaine égalité formelle: les homosexuels ont un même droit à la protection de l'*IRPA* que les hétérosexuels dans la mesure où ils peuvent saisir la commission d'une plainte de discrimination fondée sur l'un des motifs actuellement énumérés. Cependant, compte tenu de la réalité sociale de la discrimination exercée contre les homosexuels, l'exclusion de l'orientation sexuelle a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels. En raison de son caractère trop limitatif, l'*IRPA* nie donc aux homosexuels le droit à l'égalité réelle. Cela est fort bien expliqué par W. N. Renke dans «Case Comment: *Vriend* v. *Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice» (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925, aux pp. 942 et 943:

> [TRADUCTION] Si hétérosexuels et homosexuels étaient également victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ni les uns ni les autres ne pourraient se plaindre d'injustice si l'*IRPA* ne conférait aucun recours à l'égard de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les personnes appartenant à un groupe seraient traitées comme celles faisant partie de l'autre. Cependant, lorsque la discrimination est exercée presque exclusivement contre les personnes ayant une orientation sexuelle donnée, l'absence de recours légaux dans le cas de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a un effet différent. L'absence de recours n'a aucune incidence réelle sur les hétérosexuels, puisqu'ils n'ont aucun motif de plainte concernant l'orientation sexuelle. Elle a par contre un effet véritable sur les homosexuels, car ils sont les victimes de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. En outre, l'hétérosexuel peut, au besoin, invoquer tous les motifs de discrimination actuellement énumérés dans la Loi. Il est vrai que c'est également le cas pour l'homosexuel, mais il se peut que la seule discrimination exercée contre lui soit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Il n'aurait aucun recours contre ce type de discrimination. Dans cette optique, l'*IRPA* établit bel et bien une distinction entre homosexuels et hétérosexuels.

Voir également Pothier, *loc. cit.*, à la p. 119. Il est possible qu'un hétérosexuel soit victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Mais cela risque beaucoup moins de se produire que la discrimination contre un homosexuel pour le même motif. Il appert donc qu'une nette distinc-

1998 CanLII 816 (SCC)

tinction created by the disproportionate impact which arises from the exclusion of the ground from the *IRPA*.

tion est créée par l'effet disproportionné qu'a l'exclusion de ce motif dans l'*IRPA*.

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:

83 La présente espèce s'apparente à certains égards à la récente affaire *Eldridge*, précitée, où notre Cour a confirmé à l'unanimité que l'égalité doit être réelle, et non seulement formelle. Cet arrêt établit également qu'une omission du législateur peut porter atteinte à l'égalité réelle. Le principe est expliqué comme suit aux par. 60 et 61:

> 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.

> La seule question à trancher en l'espèce est donc de savoir si les appelants ont droit au «même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination» aux termes du par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, le régime d'assurance-maladie de la Colombie-Britannique s'applique d'une manière égale aux entendants et aux personnes atteintes de surdité. Il ne fait pas de «distinction» explicite fondée sur la déficience en accordant un traitement différent aux personnes atteintes de surdité. Tant ces dernières que les entendants ont droit de recevoir certains services médicaux gratuitement. Les appelants prétendent néanmoins que l'absence de financement pour les services d'interprètes gestuels les empêche de bénéficier du régime établi par la loi dans la même mesure que les entendants. Autrement dit, ils invoquent la discrimination découlant d'«effets préjudiciables».

> 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.

> Notre Cour a statué de façon constante que le par. 15(1) de la *Charte* protège contre ce type de discrimination. [. . .] Le paragraphe 15(1), a statué la Cour [dans *Andrews*], vise à assurer une certaine égalité matérielle et non simplement formelle.

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 dis-

84 Enfin, la prétention des intimés selon laquelle la distinction n'est pas établie par la loi, mais existe en fait indépendamment de celle-ci dans la société, ne peut être acceptée. Il est évidemment vrai que les homosexuels sont victimes de discrimination dans la société. La réalité de cette discrimination cruelle et déplorable est reconnue dans l'arrêt *Egan*. Cet état de fait fournit le contexte dans lequel la distinction législative contestée en l'espèce doit être analysée. La réalité de la discrimination sociale dont les homosexuels sont victimes montre que l'*IRPA* établit une distinction qui nie à ces personnes le droit à la même protection de la loi en les excluant alors même qu'elles ont un pressant besoin de protection à cause de la discri-

1998 CanLII 816 (SCC)

crimination 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

mination exercée contre elles dans la société. Il n'est pas nécessaire de conclure que la loi crée la discrimination qui a cours dans la société pour déterminer qu'elle établit une distinction potentiellement discriminatoire.

Les intimés tentent de distinguer la présente espèce de l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, mais le raisonnement qu'ils avancent rappelle beaucoup le point de vue adopté dans cette affaire. (Voir S. K. O'Byrne et 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, aux pp. 920 à 922.) Dans cet arrêt, il a été décidé que la fixation d'une période de référence plus longue pour l'obtention des prestations d'assurance-chômage en cas de grossesse n'était pas discriminatoire, car elle s'appliquait à toutes les personnes enceintes, et le fait que cette catégorie n'inclut que des femmes était attribuable à une distinction établie par la nature, non par la loi. Ce raisonnement a été rejeté catégoriquement depuis lors (voir, p. ex., l'arrêt *Brooks*). Dans l'arrêt *Eldridge*, elle a aussi rejeté de manière énergique l'argument voulant qu'une loi trop limitative ne soit pas discriminatoire parce que l'inégalité existe indépendamment de l'avantage que confère l'État (aux par. 68 et 69).

L'omission de l'orientation sexuelle dans les motifs de distinction interdits par l'*IRPA* crée une distinction fondée sur l'orientation sexuelle. Ce «silence» de l'*IRPA* en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas «neutre». Les homosexuels sont traités différemment d'autres groupes défavorisés et des hétérosexuels. Ceux-ci, contrairement aux homosexuels, sont protégés contre la discrimination fondée sur des motifs susceptibles de les concerner.

b) *La négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi*

Il appert que l'omission du législateur crée une distinction et que cette distinction emporte la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi. C'est l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de distinction interdits par

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

l'*IRPA* qui prive les homosexuels du droit à la même protection et au même bénéfice de la Loi et ce, de deux manières importantes. Les homosexuels ne sont pas visés par l'énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination, et on leur refuse l'accès aux recours permettant d'obtenir réparation en application de la Loi.

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.

88 Par conséquent, en raison de l'omission du législateur ou de la portée trop limitative de l'*IRPA*, celle-ci nie aux homosexuels le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi sur le fondement d'une caractéristique personnelle, à savoir l'orientation sexuelle.

3. The Denial of Equal Benefit and Equal Protection Constitutes Discrimination Contrary to Section 15(1)

3. La négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi constitue une discrimination contraire au par. 15(1)

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.).

89 Dans l'arrêt *Egan*, notre Cour a dit que deux aspects sont pertinents aux fins de déterminer si la distinction créée par une loi constitue une discrimination. Premièrement, il faut se demander «si le droit à l'égalité a été enfreint sur le fondement d'une caractéristique personnelle qui est soit énumérée au par. 15(1), soit analogue à celles qui y sont énumérées». Deuxièmement, il faut se demander si «la distinction a pour effet d'imposer au plaignant des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres» (par. 131). Notre Cour a également dit qu'une distinction est discriminatoire lorsqu'elle est «susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération» (*Egan*, au par. 56, le juge L'Heureux-Dubé). On peut également se demander si le traitement inégal se fonde sur «l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe» (*Miron*, au par. 128, le juge McLachlin).

1998 CanLII 816 (SCC)

(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

a) *Le droit à l'égalité est nié sur le fondement d'une caractéristique personnelle analogue à celles énumérées au par. 15(1)*

Dans l'arrêt *Egan*, il a été décidé, en raison des «désavantages sociaux, politiques et économiques» dont souffrent les homosexuels, de l'émergence d'un consensus législatif (au par. 176) et des décisions judiciaires antérieures (au par. 177), que l'orientation sexuelle constitue un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). L'orientation sexuelle est «une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable» (par. 5). Elle est analogue aux autres caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1), de sorte que ce volet du critère est respecté.

Il a été souligné, par exemple, par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Benner*, au par. 69:

> Lorsque la négation du droit en cause est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions: voir, par exemple, *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

Pourrait donc être tenue pour discriminatoire la négation du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi fondée sur le motif analogue de l'orientation sexuelle. Cependant, d'autres facteurs appuient en l'espèce cette conclusion.

b) *La distinction a pour effet d'imposer des fardeaux ou des désavantages non imposés à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres.*

(i) Objet discriminatoire

Les appelants et plusieurs des intervenants font valoir que l'objet que cherchait à atteindre le gouvernement albertain en excluant l'orientation sexuelle est lui-même discriminatoire. Les appelants prétendent qu'en décidant délibérément de ne pas prévoir l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite le gouvernement cherchait à nier que les homosexuels sont ou ont été victimes de discrimination ou, subsidiairement, à nier que les homosexuels soient dignes d'être protégés contre

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

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

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,

la discrimination. Il s'agit selon eux d'un objet discriminatoire. Pour leur part, les intimés font valoir l'insuffisance de la preuve concernant l'intention discriminatoire délibérée du gouvernement.

93 Il n'est pas nécessaire, toutefois, de statuer sur l'existence d'une preuve établissant l'objet discriminatoire que cherche à réaliser le gouvernement provincial. Il est bien établi que la preuve d'une intention discriminatoire odieuse n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'une discrimination (voir, p. ex., *Turpin*, précité, et, plus récemment, l'arrêt *Eldridge*, au par. 62). Même une discrimination involontaire peut contrevenir à la *Charte*. Dans toute affaire relative à l'application de celle-ci, un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre suffire à rendre la loi contestée invalide (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 331). Par conséquent, la preuve qu'un objet discriminatoire était poursuivi en l'espèce fournirait simplement un motif supplémentaire de conclure que la loi est discriminatoire, elle ne serait pas nécessaire pour fonder une telle conclusion. Dans la présente affaire, les effets discriminatoires de la loi considérée suffisent en eux-mêmes pour établir l'existence de la discrimination.

(ii) Effets discriminatoires de l'exclusion

94 Les effets de l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs ouvrant droit à la protection prévue par l'*IRPA* doivent être considérés dans le contexte de la nature et de l'objet du texte législatif. L'*IRPA* crée un régime général et complet pour la protection des individus contre la discrimination dans le secteur privé. Son préambule énumère comme suit les objets et les principes qui la sous-tendent:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race,

1998 CanLII 816 (SCC)

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

aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne . . .

L'objectif louable de la loi est donc d'affirmer et de mettre en œuvre le principe selon lequel chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits. La discrimination est interdite dans un certain nombre de domaines et sur le fondement de motifs de plus en plus nombreux.

Le fait que la Loi établit un régime complet doit être pris en considération dans l'analyse de l'effet qu'a l'exclusion d'un motif de distinction illicite. Ce n'est pas comme si la législature avait simplement choisi de s'attaquer à un type de discrimination en particulier. En pareil cas, il aurait pu être acceptable de ne viser que ce type de discrimination, et pas les autres. C'est la situation à laquelle fait allusion, je crois, le juge L'Heureux-Dubé dans les remarques incidentes formulées dans son opinion dissidente dans l'arrêt *McKinney* (à la p. 436): «j'estime que si les provinces choisissaient d'adopter des lois sur les droits de la personne qui n'interdisent que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l'âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*». Le juge McClung de la Cour d'appel de l'Alberta a estimé que ces remarques liaient la cour et l'obligeaient à accueillir l'appel. En toute déférence, je crois qu'il a été induit en erreur. Ces remarques avaient trait à une loi d'un caractère différent de celle qui est contestée en l'espèce, savoir une loi visant un problème ou type particulier de discrimination. Les faits de la présente espèce sont très différents. Le texte législatif incriminé vise à assurer à chacun une protection complète contre la discrimination en Alberta. L'exclusion sélective d'un groupe en particulier de cette protection complète a donc un effet très différent.

Le premier effet, et le plus évident, de l'exclusion de l'orientation sexuelle est que les homosexuels victimes de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle n'ont pas accès à la procédure établie par l'*IRPA* pour le dépôt d'une plainte offi-

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

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.

cielle et l'obtention d'une réparation. Ainsi, l'Alberta Human Rights Commission n'a pu connaître de la plainte de M. Vriend et ne peut être saisie de la plainte d'une victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ni prendre quelque mesure que ce soit pour le compte d'une telle personne. Les conséquences tragiques et infamantes que ne peut manquer d'avoir le non-accès des victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle aux recours prévus par la Loi sont exacerbées tant par l'exclusion de tout recours au civil que par le peu de succès qu'ont eu les homosexuels qui ont tenté d'obtenir réparation pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en invoquant d'autres motifs comme le sexe ou l'état matrimonial. Contrairement aux personnes protégées par l'*IRPA*, les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sont privées de tout recours juridique efficace à cet égard.

98 Il peut être difficile de saisir d'emblée l'importance d'être exclu de la protection assurée par une loi sur les droits de la personne. Il en résulte cependant un fardeau lourd qui réduit la capacité des personnes touchées par cette exclusion. Comme l'a fait observer la Cour suprême des États-Unis dans *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), à la p. 1627:

> [TRADUCTION] . . . en raison de l'exclusion une incapacité particulière frappe ces seules personnes. Les homosexuels se voient refuser les garanties accordées aux autres ou que les autres peuvent revendiquer sans contrainte. [. . .] Il s'agit d'une protection que la plupart des gens tiennent pour acquise parce qu'ils en bénéficient déjà ou qu'ils n'en ont pas besoin; il s'agit d'une protection contre l'exclusion à l'égard d'un nombre presque illimité de rapports et d'activités dont est faite la vie du citoyen ordinaire dans une société libre.

Bien que cette affaire porte sur un cas explicite d'exclusion du régime de protection contre la discrimination, l'effet de la loi est semblable en l'espèce. Le refus, par la voie d'une omission du législateur, d'accorder la protection à des personnes fort susceptibles d'en avoir besoin est tout aussi grave que l'exclusion explicite du régime de protection, et ses conséquences sont toutes aussi sérieuses.

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

Outre l'effet immédiat de la privation de tout recours en cas de discrimination, il existe d'autres répercussions qui, bien qu'elles puissent être moins évidentes, sont à tout le moins aussi préjudiciables. Dans l'arrêt *Haig*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'exercice d'une discrimination sur le fondement à la fois [TRADUCTION] «de l'omission de prévoir une voie de recours au bénéfice des homosexuels qui sont victimes d'actes préjudiciables» et «du fait que l'omission permet de conclure que de tels actes sont acceptables» (p. 503). Il est plausible que l'absence de tout recours légal en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle perpétue, voire encourage, ce genre de discrimination. Les intimés soutiennent qu'on ne peut supposer que le «silence» de l'*IRPA* renforce ou perpétue la discrimination, étant donné que l'État «ne peut régir les mentalités». Toutefois, cet argument semble captieux étant donné que l'*IRPA* vise expressément à empêcher la discrimination. On ne peut dire qu'une loi sur les droits de la personne contribuera à protéger les individus contre la discrimination et, en même temps, prétendre qu'une exclusion du bénéfice de la loi n'aura aucun effet.

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.

Cependant, supposons, malgré toutes les conclusions qu'il est raisonnable de tirer, que l'exclusion d'un motif ouvrant droit à la protection prévue par l'*IRPA* n'a pas pour effet d'accroître la discrimination fondée sur ce motif. Cette exclusion, établie délibérément dans un contexte où il est évident que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle existe dans la société, transmet néanmoins un message à la fois clair et sinistre. Le fait même que l'orientation sexuelle ne soit pas un motif de distinction illicite aux termes de l'*IRPA*, laquelle constitue le principal énoncé de politique du gouvernement contre la discrimination, laisse certainement entendre que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle n'est pas aussi grave ou condamnable que les autres formes de discrimination. On pourrait même soutenir que cela équivaut à tolérer ou même à encourager la discrimination contre les homosexuels. En conséquence, cette exclusion a manifestement un effet qui constitue de la discrimination.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

101 L'exclusion envoie à tous les Albertains le message qu'il est permis et, peut-être même, acceptable d'exercer une discrimination à l'égard d'une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. On ne saurait sous-estimer l'ampleur des répercussions d'un tel message sur les homosexuels. Sur le plan pratique, ce message leur dit qu'ils ne sont pas protégés contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Privés de tout recours légal, ils doivent accepter la discrimination et craindre constamment d'en être victimes. Il s'agit là de fardeaux que n'ont pas à porter les hétérosexuels.

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.

102 La souffrance psychologique est peut-être le préjudice le plus important dans de telles circonstances. La crainte d'être victime de discrimination mènera logiquement à la dissimulation de son identité véritable, ce qui nuit certainement à la confiance en soi et à l'estime de soi. S'ajoute à cet effet le message tacite découlant de l'exclusion, savoir que les homosexuels, contrairement aux autres personnes, ne méritent aucune protection. Il s'agit clairement d'une distinction qui avilit la personne et qui renforce et perpétue l'idée voulant que les homosexuels soient des personnes moins dignes de protection au sein de la société canadienne. L'atteinte potentielle à la dignité des homosexuels et à la valeur qu'on leur reconnaît constitue une forme particulièrement cruelle de discrimination.

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.

103 Même si la discrimination est le fait de particuliers, c'est l'État qui nie toute protection aux victimes. Ainsi, les répercussions défavorables sont particulièrement odieuses. C'est ce qui a été reconnu dans l'extrait suivant de l'arrêt *Egan* (au par. 161):

> La loi confère un avantage considérable en attribuant la reconnaissance de l'État à la légitimité d'un statut particulier. Le refus d'une telle reconnaissance risque d'avoir un effet gravement préjudiciable sur le sentiment de valeur personnelle et de dignité des membres d'un groupe car, même s'ils ne subissent aucune perte financière, ils s'en trouvent stigmatisés. [. . .] Une telle loi porterait clairement atteinte au par. 15(1) parce que ses dispositions feraient croire que les groupes exclus sont inférieurs et ne sont pas aussi dignes que les autres de bénéficier des avantages.

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.

Ce raisonnement s'applique à plus forte raison dans le cas où, comme en l'espèce, le refus de reconnaissance porte sur quelque chose d'aussi fondamental que le droit d'être protégé contre la 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.

En soustrayant à l'application de l'*IRPA* la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, le gouvernement a, dans les faits, affirmé que «chacun joui[t] de la même dignité et des mêmes droits», sauf les homosexuels. Un tel message, même s'il n'est que tacite, ne peut que violer le par. 15(1), la «disposition de la *Charte*, plus que toute autre, qui reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun» (*Egan*, au par. 128). Cet effet, combiné à la privation de tout recours juridique efficace en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, suffit pour conclure que la distinction créée par l'exclusion de l'*IRPA* constitue une discrimination.

4. "Mirror" Argument

4. L'argument relatif au «reflet»

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.

Les intimés font valoir que si les appelants ont gain de cause, toute loi sur les droits de la personne devra toujours être le «reflet» de la *Charte* et prévoir tous les motifs énumérés dans celle-ci, de même que les motifs analogues. Un tel résultat n'est pas souhaitable selon eux parce que ce serait restreindre indûment les choix du législateur et permettre que la *Charte* régisse indirectement l'activité privée, laquelle devrait continuer de ressortir aux législatures.

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

Il est vrai que si les prétentions des appelants sont acceptées, l'omission de l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues dans les dispositions clés d'une loi d'ensemble sur les droits de la personne serait toujours susceptible d'être contestée sur le plan constitutionnel. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner la question car il n'est tout simplement pas exact de dire que les dispositions sur les droits de la personne devront toujours être l'exact «reflet» de la *Charte*. Aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte* fait partie de la «loi suprême du Canada», de sorte que les dispositions relatives aux

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

droits de la personne, à l'instar de toute autre loi au Canada, doivent se conformer à ses exigences. Cependant, la notion de «reflet» est trop simpliste. La constitutionnalité d'une omission doit être évaluée en fonction des faits de chaque espèce, compte tenu de la nature de l'exclusion et de la loi en cause, ainsi que du contexte dans lequel cette dernière a été adoptée. La détermination de la conformité d'une exclusion donnée à l'art. 15 de la *Charte* ne consiste pas à appliquer, de façon mécanique, un principe de reflet, mais plutôt, comme c'est le cas pour toute autre mesure, à se demander si l'exclusion s'avère discriminatoire dans son contexte particulier et si la discrimination peut être justifiée conformément à l'article premier. Les tribunaux pourront faire preuve de retenue à l'égard du choix d'un législateur provincial qui décide de prendre des mesures législatives qui n'incluent pas tous les motifs énumérés de la *Charte* ou les motifs analogues dans la mesure où il est satisfait aux critères de justification de l'article premier, y compris le critère du lien rationnel.

5. Conclusion Regarding Section 15

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.

5. Conclusion concernant l'art. 15

107 En résumé, notre Cour n'a d'autre choix que de conclure qu'étant donné l'omission de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, l'*IRPA* viole manifestement l'art. 15 de la *Charte*. De par sa portée trop limitative, l'*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l'orientation sexuelle, caractéristique personnelle reconnue comme étant analogue aux motifs énumérés à l'art. 15. En soi, cela suffirait pour conclure qu'il y a discrimination et, partant, violation de l'art. 15. Les effets discriminatoires graves de l'exclusion de l'orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion. En conséquence, l'*IRPA*, dans sa version actuelle, viole de toute évidence les droits à l'égalité de l'appelant Vriend et des autres homosexuels. Il est donc nécessaire de décider si cette violation peut être justifiée conformément à l'article premier, analyse à laquelle procédera mon collègue.

1998 CanLII 816 (SCC)

IACOBUCCI J.

I. Analysis

A. *Section 1 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*).

LE JUGE IACOBUCCI

I. Analyse

A. *L'article premier de la Charte*

L'article premier de la *Charte* garantit les droits et libertés énoncés dans ce texte de loi, mais prévoit qu'il peut y être porté atteinte dans la mesure où l'État peut démontrer que la violation est raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. Le cadre analytique servant à déterminer si une disposition législative constitue une limite raisonnable apportée à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte* a été exposé à maintes reprises depuis qu'il a été énoncé la première fois dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le dernier exposé qui en a été fait dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 182, a été cité et approuvé dans l'arrêt *Eldridge*, précité, au par. 84:

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

1. Objectif urgent et réel

Les appelants font observer que la jurisprudence paraît quelque peu divisée sur la portée de l'examen qu'il convient d'effectuer à cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans certaines décisions, en effet, la Cour a examiné l'objet de la loi prise dans son ensemble (notamment dans les arrêts *Miron* et *Egan*, précités), tandis que dans d'autres, seul l'objectif de la disposition limitative censée enfreindre la *Charte* a fait l'objet d'un examen (voir, par ex., les arrêts *RJR-MacDonald Inc.*

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S 199, le juge McLachlin, et *McKinney*, précité). À mon avis, lorsque, comme en l'espèce, une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte.

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.

110 L'article premier de la *Charte* dispose que ce sont les restrictions apportées aux droits et libertés qui y sont garantis dont la justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il s'ensuit que suivant la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*, l'analyse doit être axée sur l'objectif de la restriction contestée ou, en l'occurrence, de l'omission. De fait, dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 138, le juge en chef Dickson a souligné que c'était l'objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (je souligne) qui devait être urgent et réel.

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.

111 À mon avis, toutefois, on ne peut appréhender pleinement l'objectif visé par l'omission si on l'analyse isolément. Il me semble qu'il faut prendre également en considération tant les objets de la Loi dans son ensemble que les dispositions particulières contestées, de façon à situer l'objectif de l'omission dans un contexte permettant d'en mieux saisir le sens eu égard à l'économie générale de la loi.

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.

112 Appliquons ces principes à la présente espèce. Le préambule de l'*IRPA* donne à entendre que, dans son ensemble, la Loi vise à reconnaître et à protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des citoyens de l'Alberta par l'élimination des pratiques discriminatoires. Dans notre société, la protection des droits de la personne est certainement un objectif louable qu'on peut à bon droit qualifier d'urgent et de réel. Pour ce qui est des dispositions contestées, on peut dire que de manière générale leur objectif est la protection des Albertains appartenant à des groupes déterminés contre la discrimination exercée dans divers domaines, tel l'emploi et l'hébergement. Cet objectif peut à juste titre être également considéré comme un objectif urgent et réel.

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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 (e.g. 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 opin-

Avec cette toile de fond, que dire de l'objectif de l'omission? Les intimés soutiennent qu'il ne faut examiner que l'objectif d'ensemble de la Loi, et leur argumentation ne permet pas de répondre directement à cette question. En cour d'appel, faute de preuve sur ce point, le juge Hunt s'est fondée sur le mémoire des intimés. Elle en a dégagé plusieurs raisons pouvant expliquer pourquoi, lorsque la question a été débattue par la législature de l'Alberta en 1985 et examinée à diverses autres occasions, on a décidé de ne pas ajouter l'orientation sexuelle dans l'*IRPA*. Les intimés ont repris certaines de ces raisons dans le mémoire qu'ils ont présenté à notre Cour, dont les suivantes:

- L'*IRPA* n'offre pas le cadre approprié pour répondre à certaines des préoccupations exprimées par la communauté homosexuelle (par ex. l'acceptation parentale) (paragraphe 57);
- Ce n'est pas une ordonnance de la Commission des droits de la personne qui peut changer les attitudes (paragraphe 57);
- Bien que le ministre ait demandé qu'on lui donne des exemples de cas où l'inclusion de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* (par ex. en matière d'emploi) pourrait apporter une amélioration, seuls quelques cas lui ont été fournis (paragraphe 57);
- La codification de motifs marginaux touchant un petit nombre de personnes soulève des objections de la part de groupes numériquement supérieurs, ce qui ajoute au nombre des exemptions qui seraient nécessaires pour satisfaire les deux groupes (paragraphe 66).

Bien que ces énoncés contribuent, dans une certaine mesure, à expliquer le choix du législateur d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*, ce n'est pas, à mon sens, le type de preuve qu'il faut faire dans le cadre de la première étape du critère de *Oakes*. À cette première étape, le gouvernement doit démontrer que l'«objectif» de l'omission est urgent et réel. Or, la notion d'«objectif», savoir un but ou un objet à atteindre, est très différente de la notion d'«explication», qui signifie rendre clair ce qui n'apparaît pas évident d'emblée. À mon avis,

ion, the above statements fall into the latter category and hence are of little help.

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*, *supra*). 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.

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*

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

les énoncés susmentionnés relèvent de la dernière catégorie et ne sont donc pas d'un grand secours.

115 Dans ses motifs, le juge McClung fait allusion aux considérations «morales» qui ont vraisemblablement guidé le choix du législateur. Toutefois, même si ces considérations pouvaient être qualifiées d'urgentes et réelles (opinion difficilement acceptable à mon sens en l'espèce), je souligne que, selon une jurisprudence constante, c'est au gouvernement qu'incombe la responsabilité de justifier la violation de la *Charte* (voir par ex. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité). Vu l'absence d'observations quant à la nature urgente et réelle de l'objectif de l'omission, les intimés ne se sont pas déchargés de leur fardeau de preuve et j'en conclus qu'ils n'ont pas réussi à franchir cette première étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

116 L'objectif d'une omission se dégage souvent de la Loi considérée dans son ensemble. Dans le cas contraire, l'on peut examiner les effets de l'omission. Toutefois, même si j'écartais la question du fardeau de la preuve pour tenter de discerner l'objectif de l'omission dans les dispositions de l'*IRPA*, le résultat serait à mon avis le même. Comme je l'ai indiqué précédemment, le but général de l'*IRPA* est la protection de la dignité et des droits de tous les habitants de l'Alberta. Or, l'exclusion de l'orientation sexuelle nie de fait cette protection aux homosexuels. À mon sens, lorsque, comme en l'espèce, une omission du législateur est à première vue l'antithèse des principes qu'incarne le texte dans son ensemble, on ne peut dire que l'omission correspond à un objectif qui ressort de la Loi elle-même et qui serait urgent et réel, de telle sorte que soit justifiée une dérogation à des droits constitutionnellement protégés. Donc, suivant l'une ou l'autre analyse, les intimés échouent à l'étape initiale du critère de l'arrêt *Oakes*.

2. Évaluation de la proportionnalité

a) *Lien rationnel*

117 Compte tenu de la conclusion que je viens de tirer, il n'est pas nécessaire d'analyser la seconde partie du critère de l'arrêt *Oakes* pour trancher le

1998 CanLII 816 (SCC)

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*.

présent pourvoi. Toutefois, pour analyser cette question plus avant, j'examinerai les autres aspects du critère. Je présume, uniquement aux fins de l'analyse, que les intimés ont prétendu à bon droit que lorsque le texte législatif dans son ensemble vise un objectif urgent et réel, cela suffit à satisfaire à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*.

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*.

À la seconde étape du critère de l'arrêt *Oakes*, l'examen préliminaire porte sur la rationalité des dispositions contestées (*Oakes*, précité, à la p. 141). La partie invoquant l'article premier doit établir qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif des dispositions attaquées et les mesures qui ont été adoptées. En l'espèce, il incombe donc au législateur de prouver qu'il y a un lien rationnel entre d'une part le but à atteindre, soit la protection des Albertains appartenant à des groupes déterminés contre la discrimination exercée dans divers domaines, et d'autre part l'exclusion des homosexuels des dispositions contestées de l'*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*).

Loin d'être rationnellement liée à l'objectif des dispositions contestées, l'exclusion de l'orientation sexuelle en est l'antithèse. Il serait absurde, en vérité, d'affirmer qu'il existe un lien rationnel entre la protection contre la discrimination et le refus d'accorder cette même protection à un groupe qui, d'après la jurisprudence de notre Cour, a été victime d'un désavantage historique (voir l'arrêt *Egan*, précité), ou de soutenir que l'objectif de protection peut être atteint de cette façon.

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*

Les intimés, toutefois, s'appuyant sur les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, soutiennent que le lien rationnel peut s'établir de façon graduelle, par élargissement progressif de la portée de la loi, de façon que celle-ci s'applique avec le temps à tous ceux qui, d'après le législateur, ont besoin de protection législative. Les intimés affirment en outre que l'historique de l'*IRPA* montre l'existence d'un élargissement progressif permettant au gouvernement de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe à l'étape relative au lien rationnel

1998 CanLII 816 (SCC)

test. In my view, this argument cannot be sustained.

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.

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

de l'application du critère établi dans l'arrêt *Oakes*. Selon moi, cet argument n'est pas fondé.

121 Le contexte ayant amené le juge Sopinka à préconiser la formule graduelle dans l'arrêt *Egan* diffère passablement de la présente situation. Premièrement, dans cette affaire portant sur l'exclusion des couples de même sexe de la définition du terme «conjoint» énoncée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, le procureur général avait soutenu qu'il était possible de parvenir, avec le temps, à des solutions plus acceptables. En l'espèce, par contre, la législature de l'Alberta a refusé à maintes reprises d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*. Il est difficile d'y voir une progression graduelle de la protection des droits des homosexuels. Deuxièmement, on s'était beaucoup intéressé, dans l'affaire *Egan*, à la question des répercussions financières qu'entraînerait l'application d'un régime de prestations à un groupe auparavant exclu. L'ajout de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* ne suscite pas les mêmes préoccupations. En fait, le juge de première instance a tenu pour acquis, malgré l'absence de preuve sur ce point, que les conséquences de cet ajout sur le budget de la Human Rights Commission ne seraient pas assez importantes pour modifier l'économie de la Loi. Comme on ne m'a pas convaincu du contraire, j'incline à tirer la même conclusion.

122 En outre, j'ai exprimé l'opinion, dans les motifs que j'ai exposés en mon nom et au nom du juge Cory dans l'arrêt *Egan*, que la nécessité pour le gouvernement de procéder par étape ne pouvait justifier une violation de la *Charte*. Je demeure convaincu que cette approche ne convient pas en général, surtout lorsque la loi en cause est, comme en l'espèce, un code complet des droits de la personne. À mon avis, on ne peut demander à des groupes qui sont depuis longtemps victimes de discrimination d'attendre patiemment que les gouvernements en viennent, étape par étape, à protéger leur dignité et leur droit à l'égalité. Si on tolère que les atteintes aux droits et aux libertés de ces groupes se poursuivent pendant que les gouverne-

1998 CanLII 816 (SCC)

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*, 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

ments négligent de prendre des mesures diligentes pour réaliser l'égalité, les garanties inscrites dans la *Charte* ne seront guère plus que des vœux pieux.

b) *Atteinte minimale*

Les intimés prétendent que l'*IRPA*, qui ne fait pas mention de l'orientation sexuelle, porte le moins possible atteinte aux droits des appelants garantis par l'art. 15. Selon eux, l'*IRPA* est un instrument législatif de politique sociale qui requiert de la législature de l'Alberta qu'elle agisse comme arbitre des revendications de groupes opposés. Ils affirment que les intérêts opposés en cause sont la liberté de religion et l'homosexualité. Invoquant les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, les intimés exhortent la Cour à faire preuve de retenue judiciaire. Plusieurs raisons s'opposent à ce que je me rende à leurs arguments.

D'abord, je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la législature de l'Alberta assume un rôle d'arbitre entre des groupes opposés. Si tant est qu'il y ait conflit entre la liberté de religion et la protection des homosexuels, l'*IRPA* renferme des mécanismes permettant de pondérer ces intérêts rivaux. En effet, l'art. 11.1 de l'*IRPA* prévoit un moyen de défense lorsque la discrimination est [TRADUCTION] «raisonnable et justifiable dans les circonstances», et les par. 7(3) et 8(2) excusent la discrimination lorsqu'elle se rattache à une exigence professionnelle justifiée. Ces dispositions de pondération font en sorte qu'aucun des droits conférés n'est absolu. Les droits sont reconnus les uns par rapport aux autres, et aucun n'a automatiquement préséance sur un autre.

Étant donné l'existence de ces mécanismes internes de pondération, l'argument voulant que le rôle d'arbitre entre des intérêts opposés que joue le gouvernement réduit les options qui lui sont ouvertes en matière d'octroi de droits ne saurait être retenu. Il ne s'agit pas de demander à la législature de l'Alberta de renoncer à son rôle de médiateur. En vertu de l'*IRPA*, cette tâche doit plutôt être accomplie, au cas par cas, en fonction des faits de chaque affaire. En l'espèce, par conséquent, il n'est pas fondé d'affirmer que des droits ne peuvent être conférés à un groupe en raison

1998 CanLII 816 (SCC)

others. A complete solution to any such conflict already exists within the legislation.

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 *Tétreault-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.

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.

d'un conflit avec les droits des autres. La Loi prévoit déjà la façon de régler de tels conflits.

126 Quoi qu'il en soit, même si notre Cour a reconnu que le législateur doit jouir d'une certaine latitude lorsqu'il fait des choix entre des intérêts sociaux divergents (voir les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Egan*, précité, le juge Sopinka), le principe de la retenue judiciaire n'est pas sans limite. Dans l'arrêt *Eldridge*, précité, le juge La Forest a repris les motifs qu'il avait prononcés dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44, et dans lesquels il affirmait que «la retenue dont il sera fait preuve à l'égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d'enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*». Le juge McLachlin a fait écho à cette position dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 136:

> . . . il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitition. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

127 En l'espèce, le gouvernement de l'Alberta n'a pas démontré qu'il avait un motif raisonnable d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA*. Cette loi ne confère aux homosexuels aucune protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et encore moins une protection égale. Une telle exclusion constitue une atteinte intégrale, et non minimale, à la garantie d'égalité énoncée

1998 CanLII 816 (SCC)

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

par la *Charte*. Dans ces circonstances, il ne convient pas d'invoquer le principe de la retenue judiciaire.

c) *Proportionnalité entre l'effet de la mesure et l'objectif de la loi*

Les intimés n'ont pas abordé ce troisième élément de l'exigence relative à la proportionnalité. J'estime toutefois que les effets néfastes de l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* sont, ainsi que le juge Cory l'a mentionné, nombreux et clairs. Comme le gouvernement de l'Alberta n'a pas établi quels bienfaits cette exclusion apportait à la promotion et à la protection des droits de la personne, je ne puis conclure à l'existence d'une quelconque proportionnalité entre l'atteinte de l'objectif législatif et la violation des droits à l'égalité des appelants. Je suis donc d'avis que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* ne satisfait pas aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* et qu'elle ne peut, en conséquence, être justifiée en vertu de l'article premier.

II. Réparation

A. *Introduction: la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte*

Vu ma conclusion selon laquelle l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* contrevient de façon injustifiable aux droits des appelants à l'égalité, j'aborde maintenant la question de la réparation à accorder sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il pourrait être utile, avant d'analyser la jurisprudence en cette matière, d'approfondir la question plus générale de la relation existant entre le législateur et les tribunaux à l'ère de la *Charte*.

On a soutenu avec insistance, au cours de l'argumentation, qu'il n'était pas souhaitable que la Cour intervienne ou s'immisce autrement dans ce qui est considéré comme le rôle propre du législateur, savoir, en l'espèce, trancher la question de l'ajout de l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination interdits par la loi albertaine relative aux droits de la personne. De fait, il

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

se passe rarement une journée, semble-t-il, sans qu'on entende des commentaires ou des critiques selon lesquels la *Charte* permet aux tribunaux d'usurper le rôle du législateur. Je crois que ces propos reflètent une méconnaissance de ce qui s'est passé et de ce que l'on cherchait à accomplir quand notre pays a adopté la *Charte* en 1981-1982.

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 *Va. L. Rev.* 771).

131 Lorsque la *Charte* a été introduite, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle, pour reprendre les propos de l'ancien juge en chef Brian Dickson («Keynote Address», dans *The Cambridge Lectures 1985* (1985), aux pp. 3 et 4). Plus simplement, chaque citoyen canadien a reçu des droits et des libertés qu'aucun gouvernement ni aucune législature ne pouvait lui reprendre. Ces droits et libertés n'étant pas absolus, toutefois, les gouvernements et les législatures pouvaient justifier la restriction ou la violation de ces droits constitutionnels en conformité avec l'article premier, ainsi que je l'ai déjà expliqué. Il était inévitable que surgissent des litiges concernant la portée des droits et leur justification et que les tribunaux soient appelés à les régler. Dans de nombreux pays, l'importante tâche de la révision judiciaire a été confiée à la cour suprême ou à la cour constitutionnelle (pour une excellente analyse de cette tendance nouvelle, voir D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771).

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.

132 Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la *Charte*, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l'art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles.

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

133 Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l'obligation d'invalider des lois lorsque cela était nécessaire n'a pas éliminé le débat entourant la «légitimité» d'une telle action par les tribunaux. Comme A. M. Bickel l'exprime éloquemment dans son remarquable ouvrage *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2e éd. 1986), [TRADUCTION] «cela contredit la volonté des représentants du peuple»

1998 CanLII 816 (SCC)

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).

(p. 17). Ainsi, les tenants de cette opinion soutiennent que la révision judiciaire est illégitime parce qu'elle permet à des personnes qui n'ont pas été élues (les juges) d'infirmer les décisions des élus (le législateur), ce qui est antidémocratique (voir par ex. A. A. Peacock, dir., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (1996), ch. 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.

Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la *Charte* et, par suite, de donner au tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime.

135 So courts in their trustee or arbiter role must perforce 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*.

Il s'ensuit obligatoirement qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre mais pour l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu. Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 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

Parce que les tribunaux sont indépendants des pouvoirs exécutif et législatif, les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité. Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adop-

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

ter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

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).

137 Ce respect mutuel ressort d'une certaine façon de l'énoncé même de certains droits constitutionnels dans notre Constitution. Par exemple, l'art. 7 de la *Charte* énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la *Charte*, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation — l'art. 33 — a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. Hogg et A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

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.

138 À mon avis, la *Charte* a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, *loc. cit.*). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, *loc. cit.*, à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la *Charte* pour les soustraire à la *Charte*). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

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.

Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière. Il serait bon, à cet égard, de ne pas oublier les propos suivants du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, 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.

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*, *supra*, *per* La Forest J.).

Ainsi, par exemple, le tribunal qui interprète une disposition législative présentée comme une limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*, doit inévitablement définir certaines caractéristiques d'une société démocratique. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'évoquer toutes les caractéristiques démocratiques énumérées dans ces remarques, le commentaire du juge en chef Dickson demeure pertinent (voir également: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, précité, le juge La Forest).

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,

Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la *Charte*

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*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l'ont affirmé avec vigueur, les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la *Charte* (voir W. Black, «*Vriend*, Rights and Democracy» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 126; D. M. Beatty, «Law and Politics» (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, à la p. 149; M. Jackman, «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

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.

143 Ayant tendu cette toile de fond, je passe maintenant à l'examen de la jurisprudence portant précisément sur le choix de la mesure corrective à appliquer en l'espèce.

B. *Remedial Principles*

B. *Principes applicables en matière de mesures correctives*

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*.

144 L'arrêt de principe pour ce qui est des mesures correctives constitutionnelles est *Schachter*, précité. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge en chef Lamer a dit que la première étape à suivre pour choisir une mesure corrective sous le régime de l'art. 52 consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité avec la *Charte* qui doit être annulée. En l'espèce, cette incompatibilité est l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs ouvrant droit à la protection de l'*IRPA*. Cette exclusion constitue, suivant la conclusion à laquelle je suis parvenu plus haut, une atteinte injustifiable aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*.

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

145 Une fois l'incompatibilité précisée, l'étape suivante consiste à déterminer quelle est la mesure corrective appropriée. Dans l'arrêt *Schachter*, notre Cour a signalé que, tout dépendant des circonstances, un tribunal peut choisir entre plusieurs mesures correctives lorsqu'il conclut à l'existence d'une violation de la *Charte* non justifiée en vertu de l'article premier. Il peut notamment annuler la loi, retrancher les dispositions fautives, ordonner l'annulation ou la dissociation assortie d'une suspension temporaire de la déclaration d'invalidité,

1998 CanLII 816 (SCC)

declaration of invalidity, reading down, and reading provisions into the legislation.

recourir à l'interprétation atténuée ou inclure des dispositions par interprétation large.

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.

Parce que la violation de la *Charte* découle d'une omission en l'espèce, l'interprétation atténuée n'est pas une option. En outre, je constate que, vu le grand nombre de dispositions en cause et le rôle important qu'elles jouent dans l'économie générale de l'*IRPA*, la dissociation équivaudrait à l'annulation de la totalité de la Loi.

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.

Les appelants affirment qu'il est justifié, compte tenu des circonstances de la présente espèce, d'inclure l'orientation sexuelle, par interprétation large, dans les dispositions fautives de l'*IRPA*. Les juges O'Leary et Hunt de la Cour d'appel de l'Alberta, toutefois, ont tous deux estimé qu'il convenait de déclarer inconstitutionnelles les dispositions visées et de suspendre cette déclaration de façon à permettre à la législature de corriger la situation. Le juge McClung serait allé plus loin: il aurait déclaré invalide la totalité de l'*IRPA*. En toute déférence, je ne puis, pour les motifs suivants, me rallier à aucune des mesures choisies par la Cour d'appel.

148 In *Schachter*, 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."

Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que les tribunaux, lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, doivent tenir compte des «deux principes directeurs» que j'ai précédemment abordés de façon générale, savoir le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte*. Relativement au rôle du législateur, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 700, que l'interprétation large est un moyen important d'«empêcher un empiétement injustifié sur le domaine législatif. [. . .] [L]'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur.»

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:

Il a ensuite cité le passage suivant du texte de Carol Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987), 233, à la p. 288:

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

[TRADUCTION] Les tribunaux devraient certainement aller aussi loin que nécessaire pour assurer la protection des droits, mais pas davantage. L'empiétement sur les objets législatifs légitimes devrait être réduit au minimum et les lois devraient demeurer opérantes dans la mesure où il n'y a pas violation de droits. Une loi qui sert des fins sociales souhaitables peut être constitutive de droits qui méritent une certaine protection.

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.

150 Comme je l'ai déjà dit, l'*IRPA* a pour objet de reconnaître et de protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des Albertains au moyen de l'élimination des pratiques discriminatoires. Je crois que le recours à l'interprétation large réduirait l'empiétement sur cet objet manifestement légitime et éviterait ainsi une ingérence excessive dans le domaine législatif, alors que l'annulation de l'*IRPA* priverait tous les Albertains de la protection des droits de la personne, ce qui modifierait indûment l'économie de la loi adoptée par le législateur.

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

151 L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Haig*, précité, étaye mon point de vue. La Cour a ajouté les mots «orientation sexuelle», par interprétation large, au par. 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et, à la p. 14, le juge Krever, exprimant l'avis unanime de la Cour, a écrit qu'il était

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.

[TRADUCTION] inconcevable que le Parlement aurait préféré qu'il n'y ait pas de loi sur les droits de la personne plutôt que d'en avoir une qui ajoute l'orientation sexuelle à la liste des motifs de discrimination illicites. Conclure autrement serait un affront gratuit au Parlement.

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*".

152 Relativement au second principe directeur, les intimés plaident que les faits de l'espèce démontrent l'existence d'un conflit entre deux motifs de discrimination, savoir la religion et l'orientation sexuelle. Selon eux, la protection contre la discrimination religieuse, un objet fondamental de l'*IRPA*, serait affaiblie si l'on ajoutait, par interprétation large, l'orientation sexuelle aux motifs interdits. Ce résultat, soutiennent-ils, dérogerait [TRADUCTION] «aux objets sociaux fondamentaux de la *Charte*».

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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*.

Puisque j'ai conclu que les mécanismes internes de pondération de l'*IRPA* permettent de régler tout conflit pouvant surgir entre la religion et l'orientation sexuelle, je ne puis recevoir l'argument des intimés selon lequel l'interprétation large ne respecterait pas les objets de la *Charte*. De fait, de mon point de vue, l'ajout par interprétation large de l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA* ne peut que servir ces objets. La *Charte*, tout comme la Loi, vise à promouvoir et à protéger la dignité inhérente et les droits inaliénables des citoyens. Ainsi, en allongeant la liste des motifs illicites de discrimination établie par l'*IRPA*, la Cour, en accord avec les objets de la *Charte*, élargirait la portée des protections offertes par la Loi. Si, par contre, elle annulait l'*IRPA* ou en retranchait des dispositions, elle priverait tous les Albertains de leur protection contre la discrimination du marché, ce qui me semble absolument contraire aux objets de la *Charte*.

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.

Dans l'arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a indiqué que, pour satisfaire aux deux principes directeurs susmentionnés, il faut examiner soigneusement plusieurs autres facteurs susceptibles de nous éclairer sur la pertinence de recourir à l'interprétation large, notamment la précision de la mesure corrective, les conséquences financières, les répercussions sur l'économie de la loi et l'empiétement sur les objectifs législatifs.

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 insofar 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.

S'agissant du premier de ces facteurs, les tribunaux doivent être en mesure de déterminer avec «suffisamment de précision» dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi afin de la rendre compatible avec la Constitution. Je ne crois pas que dans la présente espèce, notre Cour ait été appelée à tort à combler d'importantes lacunes de la Loi. J'estime plutôt que la mesure corrective est précise dans la mesure où l'inclusion des mots «orientation sexuelle» dans les motifs de discrimination illicites énumérés dans le préambule de l'*IRPA* ainsi qu'aux art. 3, 4 et 10, de même qu'aux par. 2(1), 7(1), 8(1) et 16(1) aura pour seul effet d'assurer la validité de la Loi et d'en corriger l'inconstitutionnalité.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

156 Dans ses motifs, le juge Hunt de la Cour d'appel a conclu que la mesure corrective n'était pas assez précise pour justifier le recours à l'interprétation large, et ce, pour deux raisons. Premièrement, elle a estimé qu'il serait vraisemblablement impossible de parvenir à une précision suffisante sans définir l'expression «orientation sexuelle». Je ne puis, en toute déférence, souscrire à une telle opinion. Cette expression, même si elle est définie dans la loi du Yukon concernant les droits de la personne, est employée sans définition dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et dans les lois relatives aux droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Québec, de l'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique de même qu'au sous-al. 718.2*a*)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié par L.C. 1995, ch. 22, art. 6. Notre Cour non plus n'a pas défini l'expression quand, dans l'arrêt *Egan*, précité, elle a reconnu que l'orientation sexuelle constituait un motif analogue sous le régime de l'art. 15 de la *Charte*. À mon avis, les mots «orientation sexuelle» sont des mots usuels dont le sens courant se comprend aisément.

In addition, I concur with the comments of R. Khullar (in "*Vriend*: Remedial Issues for Unremedied Discrimination" (1998), 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.

157 De plus, je souscris aux commentaires de R. Khullar (dans «*Vriend*: Remedial Issues for Unremedied Discrimination» (1998), 7 *N.J.C.L.* 221) qui a écrit (aux pp. 237 et 238):

> [TRADUCTION] Si tant est que l'expression «orientation sexuelle» soit ambiguë, elle ne l'est pas davantage que les mots «race», «origine ethnique» ou «religion», lesquels sont tous des motifs de discrimination interdits par la *Charte* qui ne sont pas définis et que les tribunaux ou les législatures n'ont eu aucune difficulté particulière à comprendre ou à appliquer.

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

158 Le juge Hunt s'inquiétait également des répercussions possibles de l'interprétation large sur le par. 7(2) de l'*IRPA*. Cette disposition énonce que le par. 7(1) (emploi) est, relativement à l'âge et à l'état matrimonial, [TRADUCTION] «sans effet sur l'application de tout régime de retraite légitime et des modalités de tout régime d'assurance collective ou d'employés légitime». Comme la Cour d'appel n'avait entendu aucun argument sur ce point et qu'aucune preuve n'avait été présentée

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).

pour expliquer le fondement de cette disposition, le juge Hunt a conclu que si l'on étendait la protection de l'*IRPA* aux homosexuels, il serait nécessaire de décider si ce groupe était visé ou non par le par. 7(2). Elle a jugé que la Cour n'était pas en mesure de trancher une telle question. Cette difficulté faisait craindre au juge Hunt qu'en recourant à l'interprétation large [TRADUCTION] «la Cour ne soit amenée à "combler les lacunes" ce contre quoi le juge en chef Lamer mettait les tribunaux en garde dans l'arrêt *Schachter* [précité]» (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 (loose-leaf)), 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.

Selon moi, la question de savoir si le par. 7(2) s'applique ou non aux homosexuels est secondaire et ne fait pas perdre à l'interprétation large le degré de précision requis. Je partage l'opinion de K. Roach, lequel estime que le législateur [TRADUCTION] «peut toujours revenir ensuite sur les détails qui ne sont pas dictés par la Constitution» (*Constitutional Remedies in Canada* (1994 (éd. feuilles mobiles)), à la p. 14-64.1). Je suis donc d'avis qu'en l'espèce, que la mesure corrective est suffisamment précise pour justifier le recours à l'interprétation large.

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.

S'agissant des conséquences financières, elles ne revêtent pas, dans le présent pourvoi, une importance suffisante pour écarter l'interprétation large. Sur cette question, le juge de première instance a écrit (à la p. 18):

> [TRADUCTION] L'ajout de l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination illicites aura certainement des conséquences financières pour la Human Rights Commission. Mais contrairement à l'affaire *Schachter* [précitée], celles-ci ne sont pas assez importantes pour modifier la nature du régime prévu par la Loi.

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.

Bien que l'examen de l'*IRPA* effectué par notre Cour a une portée beaucoup plus large que celle que le juge de première instance était appelée à effectuer, je ne suis pas disposé, comme je l'ai déjà mentionné, à modifier ses conclusions en cette matière puisqu'on ne m'a présenté aucune preuve convaincante du contraire.

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*

Quant aux effets sur l'économie de la Loi, il est difficile de concevoir quelque conséquence néfaste. Toutes les personnes actuellement visées

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

par l'*IRPA* continueraient d'être protégées par ses dispositions de la même façon qu'elles l'étaient avant l'ajout de l'orientation sexuelle par interprétation large. Il est donc raisonnable de supposer que si le législateur avait eu le choix entre renoncer à faire passer une loi relative aux droits de la personne ou en adopter une qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, il aurait opté pour la deuxième solution. Puisque l'inclusion de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* ne modifie pas substantiellement celle-ci, il est raisonnable de penser que le législateur l'aurait adoptée de toute façon.

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.

162 En outre, le juge en chef Lamer, dans l'arrêt *Schachter*, précité, a signalé que lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des avantages à un groupe exclu de la loi, la question des effets de cette mesure sur l'économie du texte de loi sera quelquefois centrée sur la taille du groupe à ajouter par rapport à celle du groupe initial des bénéficiaires. Il a cité, en les approuvant, les motifs du juge Rowles dans la décision *Knodel*, précité, où le juge a étendu aux conjoints de même sexe le droit à des prestations pour conjoints. Selon elle, l'inclusion par interprétation large portait moins atteinte à l'intention législative que l'annulation du régime de prestations, parce que le groupe à ajouter était beaucoup plus petit que celui qui recevait les prestations.

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.

163 Le juge en chef Lamer a ajouté: «[s]i le groupe à ajouter est numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires, c'est une indication que la supposition que le législateur aurait de toute façon adopté le bénéfice est fondée» (p. 712). En l'espèce, les homosexuels forment indéniablement un groupe inférieur en nombre au groupe jouissant du bénéfice de l'*IRPA*. J'estime donc que l'interprétation large demeure la solution la moins attentatoire.

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):

164 Le dernier facteur à examiner est celui de l'ingérence dans l'objectif législatif. Dans l'arrêt *Schachter*, précité, le juge en chef Lamer a fait le commentaire suivant au sujet de ce facteur (aux pp. 707 et 708):

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.

Ce n'est qu'en examinant de près l'objectif de la loi en question que l'on peut déterminer le degré d'empiétement d'une réparation particulière sur le domaine législatif. [. . .] Un second niveau d'intention législative peut ressortir des moyens choisis pour atteindre cet objectif.

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.

Il est évident, comme je l'ai déjà indiqué, que relativement au premier niveau d'intention législative, l'ajout par interprétation large de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* ne porterait pas atteinte à l'objectif du texte de loi; je suis même d'avis qu'il ne pourrait que servir cet objectif. À première vue, toutefois, il semble que l'interprétation large puisse empiéter sur le second niveau d'intention législative mis en lumière par le juge en chef Lamer.

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.

Les intimés soutiennent que, la législature de l'Alberta ayant expressément résolu d'exclure l'orientation sexuelle de la liste des motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*, l'interprétation large constituerait un empiétement indu sur la volonté du gouvernement. Le juge McClung partage cet avis. Selon lui, le recours à l'interprétation large n'est jamais acceptable lorsque l'omission du législateur résulte d'un choix délibéré. Il affirme que si une loi est inconstitutionnelle, [TRADUCTION] «c'est l'option du renvoi à l'autorité législative compétente pour permettre aux élus de remédier au vice constitutionnel qu'il convient de retenir» (p. 35). De mon point de vue, cependant, l'examen fondé sur la *Charte* comportera toujours, par définition, une forme d'empiétement sur la volonté du législateur.

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

Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l'intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu

1998 CanLII 816 (SCC)

the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them.

égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adopter sans eux.

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.

168 En effet, comme l'a souligné l'intervenant, le Congrès juif canadien, juger que l'interprétation large n'est jamais applicable à une ligne de conduite expressément choisie par un gouvernement équivaut à dire qu'un gouvernement n'a qu'à contrevenir de façon délibérée à un droit garanti par la *Charte* pour échapper à l'interprétation large. Selon moi, pareil résultat est tout à fait inacceptable.

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.

169 Dans l'affaire qui nous occupe, on peut difficilement soutenir que les moyens choisis par le législateur, savoir l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA*, sont essentiels à l'économie de la Loi. Je ne suis pas disposé non plus à reconnaître que ce choix revêtait une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur que celui-ci aurait choisi de sacrifier l'ensemble de l'*IRPA* plutôt que d'intégrer l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination illicites, en particulier pour les motifs que j'expose ici.

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*, *supra*, at p. 21).

170 Comme le juge Cory l'a indiqué, la législature de l'Alberta a créé l'Alberta Human Rights Review Panel, en 1993, et a chargé ce comité d'examiner l'*IRPA* ainsi que l'Alberta Human Rights Commission. Le comité, dans son rapport, a formulé plusieurs recommandations, dont celle d'inclure l'orientation sexuelle dans les motifs de discrimination illicites, pour tous les domaines visés par la Loi. Le gouvernement a répondu à cette recommandation en s'en remettant aux tribunaux: [TRADUCTION] «Les suites à donner à cette recommandation seront déterminées par l'issue de l'affaire *Vriend c. 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*, *op. cit.*, à la p. 21).

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 Legisla-

171 À mon avis, cet énoncé indique clairement que la législature de l'Alberta, tenant compte de la controverse entourant la protection des homosexuels sous le régime de l'*IRPA*, a voulu s'en remettre à la

1998 CanLII 816 (SCC)

ture 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.

décision des tribunaux sur cette question. J'y vois, en fait, une invitation expresse faite aux tribunaux d'inclure l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* si l'exclusion de ce motif est jugée contraire à la *Charte*. C'est cela, principalement, qui me fait conclure, quoi qu'en dise les intimés, que, dans les circonstances, l'interprétation large est parfaitement compatible avec l'intention du législateur.

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. . . . [T]o 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".

Le juge McLung de la Cour d'appel, en plus de faire le commentaire que j'ai cité plus haut, formule des critiques plus fondamentales concernant le recours à l'interprétation large. Il considère l'inclusion de dispositions dans une loi par interprétation large comme une ingérence inacceptable des tribunaux dans le processus législatif. Au sujet de la décision du juge de première instance d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination interdits par l'*IRPA*, il s'exprime ainsi (aux pp. 29 et 30):

> [TRADUCTION] La modifier et en élargir la portée en l'interprétant comme incluant l'orientation sexuelle, c'est, pour un tribunal, s'immiscer considérablement dans les affaires publiques et, à tout le moins, empiéter de façon indésirable sur le pouvoir législatif [. . .] [J]'estime qu'un juge nommé en vertu de l'art. 96, qui se sert ainsi de l'énorme pouvoir de révision qui lui est conféré pour tirer l'autorité législative compétente de ses «erreurs», exerce ce pouvoir de façon excessive.

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*.

Le juge McClung poursuit en affirmant que le juge de première instance, en recourant à l'interprétation large, a passé outre à la volonté expresse des électeurs de la province de l'Alberta qui, s'exprimant par le truchement de leurs représentants parlementaires, ont décidé de ne pas inclure l'orientation sexuelle dans les catégories protégées par l'*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 (*supra*, at p. 128) that:

Pour les motifs que j'ai exposés précédemment, je ne puis, en toute déférence, voir dans l'élargissement de la portée de la Loi en l'espèce, un exercice non démocratique du pouvoir judiciaire. Je souscris plutôt aux vues de W. Black lorsqu'il affirme (*loc. cit.*, à la p. 128):

1998 CanLII 816 (SCC)

. . . 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.

[TRADUCTION] . . . la révision judiciaire n'entre pas en conflit avec la démocratie lorsque l'intervention des tribunaux vise des décisions qui ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques. La démocratie exige que tous les citoyens aient la possibilité de prendre part au processus démocratique, directement ou par le truchement de représentants qui leur accordent une considération égale. La souveraineté parlementaire est un moyen de parvenir à cette fin et non une fin en soi.

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.

À mon avis, le processus par lequel la législature de l'Alberta a décidé d'exclure l'orientation sexuelle de l'*IRPA* n'était pas conforme aux principes démocratiques. Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont convenu que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'*IRPA* procédait d'un choix législatif conscient et délibéré. Bien que le juge McClung invoque ce fait pour justifier la non-intervention des tribunaux, plusieurs auteurs arrivent à la conclusion contraire dans les théories relatives à la révision judiciaire qu'ils ont élaborées (voir, par exemple, Black, *loc. cit.*; J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); P. Monahan, «A Theory of Judicial Review Under the Charter», dans *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), aux pp. 97 à 138; D. M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)).

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*; Jackman, *supra*, at p. 680).

Je le répète, la notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé (voir Black, *loc. cit*; Jackman, *loc. cit.*, à la p. 680).

177 At p. 35 of his reasons, McClung J.A. states:

Le juge McClung écrit, à la p. 35 de ses motifs:

Allowing judicial, and basically final, proclamation of legislative change ignores our adopted British parlia-

[TRADUCTION] Permettre au pouvoir judiciaire d'apporter à des dispositions législatives des modifications pra-

1998 CanLII 816 (SCC)

mentary 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.

tiquement définitives c'est méconnaître les garanties parlementaires britanniques, elles-mêmes historiques, que nous avons fait nôtres et qui constituent de fait le rampart du gouvernement représentatif. Lorsque des juges non élus choisissent de légiférer, le système de poids, de contrepoids et de conventions parlementaires est tout simplement écarté.

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".

En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. Le recours par un tribunal à l'interprétation large pour corriger une loi inconstitutionnelle contraint certainement le processus législatif. En conséquence, il convient de ne pas retenir inutilement cette solution et de ne le faire qu'après mûre réflexion. Toutefois, les «garanties parlementaires» ne disparaissent pas, à mon avis, car les gouvernements demeurent libres de revenir sur la loi modifiée et d'y inclure les exceptions et les moyens de défense qui, d'après eux, peuvent se justifier sous le régime de l'article premier de la *Charte*. Ainsi, lorsqu'un tribunal recourt à l'interprétation large, il ne met pas un terme au processus législatif puisque le législateur peut en réponse adopter une nouvelle loi, comme je l'ai signalé plus haut (voir également Hogg et Bushell, *loc. cit.*). De plus, le législateur peut toujours invoquer l'art. 33 de la *Charte*, la disposition de dérogation, laquelle constitue, selon moi, la «garantie parlementaire» par excellence.

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

L'analyse qui précède m'amène à conclure que l'inclusion de l'orientation sexuelle dans l'*IRPA* par le recours à l'interprétation large est la meilleure façon de corriger la portée trop limitative de ce texte de loi. Les appelants soutiennent que la mesure corrective devrait prendre effet immédiatement. Je partage leur avis. Cette mesure ne risque pas d'entraîner des conséquences néfastes imprévues sur des particuliers ni sur les fonds publics (voir par ex. *Egan*, précité). En outre, les mécanismes permettant l'examen de plaintes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle existent déjà et ne nécessitent aucun aménagement important. L'arrêt *Haig*, précité, et la décision *Newfoundland (Human Rights Commission) c. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694 (C.S.T.-N.), me confortent dans cette position. Dans les deux cas, la décision d'ajouter l'orientation

1998 CanLII 816 (SCC)

suggest that any harm resulted from the immediate operation of the remedy in those cases.

III. Conclusions and Disposition

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.

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.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — 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

sexuelle à la loi contestée n'était assortie d'aucune suspension. Aucun élément de preuve n'a été présenté à la Cour pour établir que l'application immédiate de la mesure corrective a causé un quelconque préjudice dans ces affaires.

III. Conclusions et dispositif

180 Pour les motifs exposés par le juge Cory, je conclus que l'exclusion de l'orientation sexuelle des motifs de discrimination interdits par l'*IRPA* enfreint l'art. 15 de la *Charte*. En outre, pour les motifs précédemment énoncés, la loi contestée ne peut être sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal, de rejeter le pourvoi incident et d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta avec dépens sur la base de frais entre parties devant toutes les cours.

181 Je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles:

1. Est-ce que *a*) soit la décision de ne pas inclure l'orientation sexuelle, *b*) soit la non-inclusion de l'orientation sexuelle, en tant que motif de discrimination illicite dans le préambule et dans les art. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 et 16(1) de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et ses modifications, intitulée maintenant *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11.7, a pour effet de nier les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou d'y porter atteinte?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que la négation ou l'atteinte peut être justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Version française des motifs rendus par

182 LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord pour l'essentiel avec les résultats auxquels parviennent mes collègues les juges Cory et Iacobucci. Bien que je souscrive à l'analyse du juge Iacobucci en ce qui concerne l'article premier de la *Charte*

1998 CanLII 816 (SCC)

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

canadienne des droits et libertés, je tiens à réitérer l'approche que j'ai toujours préconisée en ce qui a trait au par. 15(1).

À mon avis, le par. 15(1) de la *Charte* est une disposition qui porte d'abord et avant tout sur l'égalité. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171, notre Cour a décidé à l'unanimité que l'art. 15 a pour objet principal de «favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération». Dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 39, j'ai exposé de façon similaire la façon dont il convient d'aborder l'égalité:

> [A]u cœur de l'art. 15 se situe la promotion d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît en tant qu'êtres humains égaux, tous aussi capables et méritants les uns que les autres. Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l'impression d'être moins capables ou de moins mériter d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. Ce sont là les éléments essentiels de la définition de la «discrimination» — une définition qui insiste davantage sur l'impact (c'est-à-dire l'effet discriminatoire) que sur les éléments constitutifs (c'est-à-dire les motifs de la distinction). [Souligné dans l'original.]

L'un des éléments essentiels de l'examen permettant de déterminer si une distinction législative est, de fait, discriminatoire au sens du par. 15(1), porte tant sur la vulnérabilité sociale de l'individu ou du groupe concerné que sur la nature du droit auquel il est porté atteinte quant à son importance pour la dignité humaine et la personnalité.

Compte tenu de cet objectif, toute distinction législative (y compris, comme en l'espèce, une omission du législateur) qui a un impact négatif sur une personne ou un groupe considéré comme désavantagé dans notre société et prive la personne ou le groupe de la protection et du bénéfice de la loi en portant atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité, n'accorde pas à ces personnes ou à

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

ces groupes «le même respect, la même déférence et la même considération». Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est dès lors engagé. Il incombe alors au législateur de justifier une telle violation du par. 15(1) en application de l'article premier. C'est seulement à cette étape que d'autres facteurs, entre autres la pertinence de la distinction au regard de l'objectif législatif, peuvent être appropriés.

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:

185 Je ne suis pas d'accord avec l'approche du juge Cory qui met l'accent sur les motifs énumérés et les motifs analogues dans son analyse du par. 15(1). Quoique ces motifs puissent être des indices de discrimination ou puissent même donner naissance à une présomption de discrimination, c'est dans l'appréciation de la nature de la personne ou du groupe lésé qu'ils doivent être examinés. Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a discrimination, c'est l'effet de la distinction législative sur cette personne ou ce groupe qui revêt la plus haute importance. Comme le juge McIntyre l'a exprimé au nom de la Cour dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la 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.]

> Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi [. . .] la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. [Je souligne.]

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.

L'analyse fondée sur le par. 15(1) devrait principalement viser à détecter et à comprendre les incidences négatives de la distinction législative sur la personne ou le groupe concerné plutôt qu'à déterminer si la distinction en cause a été établie sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue. À mon avis, faire de la présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue une condition préalable à la recherche des effets discriminatoires est incompatible, de façon générale, avec une interprétation de la *Charte* qui soit libérale et fondée sur l'objet visé et, en particulier, avec cette promesse de la *Charte* qui est au cœur même de nos aspirations, en tant que société: l'égalité pour tous.

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

186 En dernier lieu, je tiens à souligner que je ne puis donner mon adhésion à la reprise par le juge Cory de la définition stricte du juge La Forest en ce qui concerne les motifs analogues. Au paragraphe 90 de ses motifs, le juge Cory conclut que

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*, 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

l'orientation sexuelle est un motif analogue parce qu'il s'agit, comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 5, d'«une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable». Le juge La Forest, dans l'arrêt *Egan*, à la fin du par. 5, a également qualifié de façon restrictive les motifs analogues lorsqu'il a dit qu'il s'agissait de motifs fondés sur des caractéristiques «innées». Comme l'a démontré le juge McLachlin, au nom de la majorité dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, notre Cour a adopté une méthode beaucoup plus nuancée et compréhensive pour déterminer si un motif particulier de discrimination est analogue aux motifs énumérés au par. 15(1). Aux paragraphes 148 et 149, elle a expliqué:

Un indice de motif analogue pourrait être le fait que le groupe visé a subi un désavantage historique, indépendamment de la distinction contestée: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et *Turpin*, précité, aux pp. 1331 et 1332. Un autre pourrait être que le groupe constitue une «minorité discrète et isolée»: *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et à la p. 183, le juge McIntyre; *Turpin*, précité, à la p. 1333. Un autre indice serait le cas où une distinction est fondée sur une caractéristique personnelle; comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, «[l]es distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement» (pp. 174 et 175). Par extension, on a soutenu que des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles et immuables doivent être discriminatoires au sens du par. 15(1): *Andrews*, précité, à la p. 195, le juge La Forest. Une comparaison entre le motif soulevé et les motifs énumérés peut également être utile, de même que la reconnaissance que les législateurs et les juristes considèrent que le motif en question est discriminatoire: voir *Egan c. Canada*, précité, le juge Cory.

Tous ces éléments peuvent être des indices valides au sens où leur présence peut constituer un signe de l'existence d'un motif analogue. Cependant, n'est pas valide la proposition contraire — selon laquelle un ou l'ensemble de ces éléments doivent être présents si l'on veut

1998 CanLII 816 (SCC)

p. 1333), they are but "analytical tools" which may be "of assistance". [Emphasis in original.]

conclure à l'existence d'un motif analogue. Comme l'a reconnu le juge Wilson dans l'arrêt *Turpin* (à la p. 1333), ils ne sont qu'«un moyen analytique» utilisé pour «déterminer» une question. [Souligné dans l'original.]

This being said, I agree with Cory and Iacobucci JJ. to allow the appeal and dismiss the cross-appeal with costs

Cela dit, je suis d'accord avec les juges Cory et Iacobucci pour accueillir le pourvoi principal et rejeter le pourvoi incident avec dépens. 187

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

MAJOR J. (dissenting in part) — 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 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:

LE JUGE MAJOR (dissident en partie) — Le préambule de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2 («l'*IRPA*» ou la «Loi»), énonçait à l'époque en cause notamment que cette loi sur les droits de la personne visait à reconnaître le principe que chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits et à garantir à chacun l'exercice de ces droits en Alberta. Il était conçu ainsi: 188

[TRADUCTION]

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

ATTENDU QUE la reconnaissance de la dignité inhérente et des droits égaux et inaliénables de chacun constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde;

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

ATTENDU QUE l'Alberta reconnaît qu'il est fondamental et dans l'intérêt public que chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits sans égard à la race, aux croyances religieuses, à la couleur, au sexe, à la déficience physique ou mentale, à l'âge, à l'ascendance ou au lieu d'origine;

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 . . . .

ATTENDU QU'il est opportun que ce principe soit consacré par la législature de l'Alberta au moyen d'un texte législatif garantissant ces droits de la personne . . .

Section 7 of the *IRPA* stated:

L'article 7 de la Loi prévoyait:

[TRADUCTION]

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

7(1) Nul employeur ni quiconque agissant pour son compte ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine:

(a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or

a) soit refuser d'employer une personne ou refuser de continuer de l'employer;

(b) discrimination against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

b) soit exercer une discrimination à l'égard d'une personne en matière d'emploi ou de conditions d'emploi.

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age,

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

. . .

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux restrictions, aux conditions, aux préférences ni aux refus fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

L'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit:

33. (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

Analyse

Dans le préambule, la province de l'Alberta dit clairement que la Loi vise à reconnaître le principe que chacun jouit de la même dignité et des mêmes droits et à garantir à chacun la jouissance de ces droits en Alberta par la suppression des pratiques discriminatoires.

L'article 7 prévoit que nul employeur ne doit, sur le fondement de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de la déficience physique ou mentale, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine, exercer une discrimination contre une personne en matière d'emploi. L'absence de l'orientation sexuelle des motifs énumérés est à l'origine du litige donnant lieu au présent pourvoi.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

191 La province de l'Alberta a été invitée, dans le cadre du présent pourvoi, à expliquer comment il se faisait que les personnes ayant une orientation sexuelle différente n'étaient pas visées par l'expression «chacun jouisse de la même dignité et des mêmes droits», ce qu'elle a refusé de faire. En outre, elle n'a pas établi en quoi l'exclusion de l'orientation sexuelle de la Loi s'harmonisait avec l'objectif de celle-ci. Il est curieux de constater que la législature, après avoir adopté une loi d'ensemble sur les droits de la personne qui s'applique à toutes les personnes dans la province, voudrait priver de la protection de la Loi certains groupes de personnes ciblés. Aucune explication n'a été fournie ni ne ressort de la preuve déposée par la province.

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.

192 On doit inévitablement conclure qu'il n'existe aucune raison d'exclure de l'art. 7 le groupe visé, et je suis d'accord avec les juges Cory et Iacobucci qu'une telle exclusion est discriminatoire et porte atteinte aux droits constitutionnels des personnes faisant partie de ce groupe.

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.

193 Même si certains des arguments avancés portaient sur l'emploi de l'appelant à titre d'enseignant, le présent pourvoi ne saurait trancher le litige opposant l'appelant Vriend et son ancien employeur, le King's College. La modification de la Loi, par la Cour ou la législature, de manière à ce qu'elle inclue la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle constituera une première étape permettant à l'appelant de présenter sa plainte à l'Alberta Human Rights Commission. En bout de ligne, cependant, le succès de cette action dépendra en partie de la question de savoir si le King's College peut établir que son refus de continuer de l'employer était fondé sur une exigence professionnelle justifiée, conformément au par. 7(3) de la Loi. Il appartiendra à l'Alberta Human Rights Commission, et non à notre Cour, de trancher la question de savoir si un collège chrétien privé fondamentaliste peut légitimement refuser d'employer un enseignant homosexuel.

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

194 En ce qui concerne la réparation appropriée, le juge Iacobucci se fonde sur le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2

1998 CanLII 816 (SCC)

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".

R.C.S. 679, pour étayer sa conclusion que la Loi devrait être interprétée comme si les mots «orientation sexuelle» y figuraient. À mon avis, l'analyse faite dans l'arrêt *Schachter* en ce qui concerne l'interprétation large ne s'impose pas en l'espèce. Dans cette affaire, la Cour avait conclu que la réparation appropriée consistait à annuler la disposition en cause, mais à suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité. Comme l'a dit le Juge en chef à la p. 719, les instructions concernant l'«interprétation large» ne se voulaient pas «des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits».

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.

À mon avis, la Cour, dans l'arrêt *Schachter*, n'avait pas envisagé les circonstances de la présente affaire, soit le refus de la législature d'inclure l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, comme en fait foi très clairement le dossier. L'interprétation large peut être appropriée lorsque l'on peut supposer sans risque d'erreur que la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu. Une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi.

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.]

Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi en matière de droits de la personne plutôt que d'en adopter une qui comprenne l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, ou il s'agit peut-être de déterminer comment il faudrait modifier la Loi pour la rendre conforme à la *Charte*. Il vaut mieux laisser à la législature le soin de trancher cette question. Comme il a été dit dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169:

> Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. [Je souligne.]

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

Il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. L'orientation sexuelle pourrait être ajoutée comme motif de distinction illicite à chacune des disposi-

1998 CanLII 816 (SCC)

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

tions contestées. La législature pourrait alors décider de définir l'expression «orientation sexuelle», ou encore poser des limites constitutionnelles à la portée de la protection qu'accorde la Loi. Par ailleurs, la législature pourrait décider de protéger les dispositions qui portent atteinte à la *Charte*, en invoquant l'art. 33, lequel permet au Parlement ou à la législature d'une province d'adopter une loi qui aura effet indépendamment des droits garantis aux art. 2 et 7 à 15 de la *Charte*. Vu qu'elle persiste dans son refus d'accorder une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la législature pourrait décider d'invoquer l'art. 33. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. En effet, ces derniers sont responsables devant l'électorat de la province et c'est à eux de choisir quelle voie prendre, qu'ils décident de modifier la loi ou encore d'invoquer la disposition de dérogation. Leur décision sera ensuite évaluée par les électeurs.

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.

198 La responsabilité d'adopter des dispositions législatives qui s'harmonisent avec les droits garantis par la *Charte* incombe à la législature. Sauf dans les cas les plus manifestes, les tribunaux ne devraient pas imposer la façon dont une disposition de nature trop limitative doit être modifiée. Il va de soi que les tribunaux ont un rôle à jouer dans la protection des droits garantis par la *Charte*, rôle qui consiste à déterminer si les dispositions législatives adoptées par la législature sont valides sur le plan constitutionnel. Cependant, ils doivent faire preuve de retenue et respecter le rôle de la législature lorsqu'il existe plusieurs façons de modifier une disposition législative inconstitutionnelle.

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

199 Étant donné que la législature refuse manifestement d'inclure l'orientation sexuelle dans la Loi, je conclus que la présente affaire ne se prête pas à l'application de l'interprétation large. Il est préférable de déclarer invalides les dispositions fautives et de permettre à la législature de les rectifier. Je limiterais la déclaration d'invalidité aux dispositions de la Loi en matière d'emploi, soit les par. 7(1) et 8(1) ainsi que l'art. 10. Bien que les mêmes conclusions puissent s'appliquer aux autres dispositions de la Loi, notre Cour a déjà dit que les

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.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. *dissenting in part. Cross-appeal dismissed with costs.*

Solicitors for the appellants: Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Miles Davison McCarthy, Calgary.

causes fondées sur la *Charte* ne doivent pas être examinées dans un vide factuel: voir *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361.

La seule question litigieuse qui reste à trancher est de savoir si la déclaration d'invalidité devrait être temporairement suspendue. Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a dit que la déclaration d'invalidité pouvait être temporairement suspendue lorsque la loi est jugée inconstitutionnelle en raison de sa portée trop restreinte plutôt que trop large, et que l'annulation de la loi priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés.

La Cour n'a pas l'intention de priver les personnes vivant en Alberta de la protection de la Loi; elle veut uniquement s'assurer que la Loi soit rendue conforme à la *Charte*, tout en respectant le rôle de la législature. Je suis donc d'avis de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de permettre à la législature de modifier les dispositions contestées de façon à les rendre conformes à ses obligations constitutionnelles.

Conclusion

Je suis d'accord avec mes collègues que l'exclusion de l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite des par. 7(1) et 8(1) ainsi que de l'art. 10 de la Loi viole l'art. 15 de la *Charte* et ne peut être justifiée conformément à l'article premier. Je suis d'avis de déclarer inconstitutionnelles ces dispositions, mais de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période d'un an.

Pourvoi principal accueilli avec dépens, le juge MAJOR *est dissident en partie. Pourvoi incident rejeté avec dépens.*

Procureurs des appelants: Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Procureurs des intimés: Miles Davison McCarthy, Calgary.

1998 CanLII 816 (SCC)

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Brian Saunders and James Hendry, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Brian Saunders et James Hendry, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta Civil Liberties Association: Pundit & Chotalia, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association: Pundit & Chotalia, Edmonton.

Solicitors for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE): Nelligan Power, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE): Nelligan Power, Ottawa.

Solicitor for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Claire Klassen, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Claire Klassen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Foundation for Equal Families: Scott & Aylen, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Foundation for Equal Families: Scott & Aylen, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Human Rights Commission: William F. Pentney and Patricia Lawrence, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: William F. Pentney et Patricia Lawrence, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association — Alberta Branch: McCarthy Tétrault, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien — Division de l'Alberta: McCarthy Tétrault, Calgary.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA): Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP): Thomas S. Kuttner, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'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.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Witten Binder, Edmonton.

1998 CanLII 816 (SCC)

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.

Procureurs de l'intervenant le Christian Legal Fellowship: Milner Fenerty, Calgary.

Procureur de l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families: Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.

Procureurs de l'intervenant l'Evangelical Fellowship of Canada: Milner Fenerty, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Focus on the Family (Canada) Association: Milner Fenerty, Calgary.

1998 CanLII 816 (SCC)

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF NORTEL NETWORKS CORPORATION *et al*.

Court of Appeal File No. M47511
Court File No. 09-CL-7950

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

DOCUMENTS REFERENCED IN THE
NOTICE OF MOTION (MOTION SEEKING LEAVE TO APPEAL)
DATED FEBRUARY 14, 2017
OF THE MOVING PARTIES
GREG MCAVOY AND JENNIFER HOLLEY
Volume I

6665506