

A-68-96  
(T-2257-93)  
**Richard Sauvé** (*Respondent*) (*Plaintiff*)

v.

**The Chief Electoral Officer of Canada, the Solicitor General of Canada, the Attorney General of Canada** (*Appellants*) (*Defendants*)

(T-1084-94)

**Sheldon McCorrister, Chairman, Lloyd Knezacek, Vice Chairman on their own behalf and on behalf of the Stony Mountain Inmate Welfare Committee and Clair Woodhouse, Chairman, Aaron Spence, Vice Chairman on their own behalf and on behalf of the Native Brotherhood Organization of Stony Mountain Institution and Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw** (*Respondents*) (*Plaintiffs*)

v.

**The Attorney General of Canada** (*Appellant*) (*Defendant*)

*INDEXED AS: SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER) (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Desjardins and Linden J.J.A.—Ottawa, June 8, 9 and October 21, 1999.

*Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights — Respondents challenging constitutionality of Canada Elections Act, s. 51(e) — Crown conceding impugned provision violates Charter, s. 3 — Whether provision saved by Charter, s. 1 — Oakes test applied — Objectives of legislation sufficiently pressing, substantial to warrant infringement of Charter right — Legislation rationally connected to intended objective — S. 51(e) impairing Charter right in appropriately minimal way — Parliament not bound to use least restrictive means to achieve legislative objectives — Legislation targeted to disqualify most serious offenders from voting — Reasonable limit demonstrably justified in free, democratic society under Charter, s. 1.*

A-68-96  
(T-2257-93)  
**Richard Sauvé** (*intimé*) (*demandeur*)

c.

**Le directeur général des élections du Canada, le solliciteur général du Canada, le procureur général du Canada** (*appelants*) (*défendeurs*)

(T-1084-94)

**Sheldon McCorrister, président, Lloyd Knezacek, vice-président en leur nom et au nom du Comité chargé du bien-être des détenus de l'établissement de Stony Mountain et Clair Woodhouse, président, Aaron Spence, vice-président en leur nom et au nom de la Fraternité des Autochtones de l'établissement de Stony Mountain et Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw** (*intimés*) (*demandeurs*)

c.

**Le procureur général du Canada** (*appelant*) (*défendeur*)

*RÉPERTORIÉ: SAUVÉ c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS) (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Desjardins et Linden J.C.A.—Ottawa, 8 et 9 juin et 21 octobre 1999.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Les intimés contestaient la constitutionnalité de l'art. 51e) de la Loi électorale du Canada — La Couronne a admis que la disposition contestée contrevient à l'art. 3 de la Charte — Cette disposition est-elle validée par l'art. premier de la Charte? — Application du critère énoncé dans l'arrêt Oakes — Les objectifs de la Loi sont suffisamment urgents et réels pour justifier une atteinte à un droit protégé par la Charte — Lien rationnel entre la loi et l'objectif poursuivi — L'art. 51e) porte une atteinte minimale au droit garanti par la Charte — Le Parlement n'est pas tenu d'avoir recours au moyen le moins restrictif pour atteindre l'objectif de la loi — La Loi vise à rendre les auteurs des infractions les plus graves inhabiles à voter — Elle constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'art. 1 de la Charte.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Respondents seeking declaration Canada Elections Act, s. 51(e) contrary to Charter, s. 15 — Status of prisoner not analogous ground for purposes of Charter, s. 15 — Not personal characteristic immutable, changeable only at unacceptable cost to personal identity — Prisoners not constituting analogous group warranting protection under Charter's equality provision — Canada Elections Act, s. 51(e) not violating Charter, s. 15(1).*

*Elections — Canada Elections Act, s. 51(e), as amended, disqualifying from voting only prisoners serving sentences of two years or more — Whether provision meets minimal impairment, proportionality tests mandated by Charter, s. 1 — History of prisoner disenfranchisement in pre-Charter, post-Charter eras reviewed — Former s. 51(e) invalidated by S.C.C. as drawn too broadly — Parliament seeking to enact new law in conformity with Charter, case law — Provision being of hybrid criminal, electoral nature — Tailored to affect only most serious offenders — Proportionality between deleterious, salutary effects of measure.*

*Penitentiaries — Respondents disqualified from voting at federal election as serving sentence of two years or more — Canada Elections Act, s. 51(e) denying vote only to those serving two years or more, not to all of those in penal institutions — Parliament entitled to add civil consequences to criminal sanction — Deleterious effects of impugned provision proportional to significance of objectives, beneficial effects of measure — Context of each case paramount — Canada Elections Act, s. 51(e) infringing Charter, s. 3, but saved by s. 1.*

These were an appeal and a cross-appeal from a Trial Division decision striking down paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* on the ground that it violates section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and could not be saved by section 1 of the Charter. The respondent, Sauvé, who had been convicted of first degree murder and sentenced to 25 years' incarceration, sought a declaration that paragraph 51(e) of the Act is contrary to sections 3 and 15 of the Charter. He is now on parole. The other respondents, who are Aboriginal inmates at the Stony Mountain Institution in Manitoba, filed a statement of claim seeking the same relief. In two previous cases, the Ontario Court of Appeal and the Federal Court of Appeal declared unconstitutional paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*, which provided, in its former version, that all inmates

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Les intimés tentaient d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'art. 51e) de la Loi électorale du Canada est contraire à l'art. 15 de la Charte — L'état de prisonnier ne constitue pas un motif analogue aux fins de l'art. 15 de la Charte — Il ne constitue pas une caractéristique personnelle immuable, modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle — Les prisonniers ne constituent pas un groupe analogue justifiant la protection accordée par la disposition de la Charte garantissant le droit à l'égalité — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada n'est pas contraire à l'art. 15(1) de la Charte.*

*Élections — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada, modifié, rend inhabiles à voter seulement les prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus — Cette disposition satisfait-elle aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité requis par l'art. premier de la Charte? — Revue de l'historique de l'inhabilité à voter des prisonniers avant et après l'entrée en vigueur de la Charte — L'ancien art. 51e) avait été invalidé par la C.S.C. parce qu'il avait une portée trop large — Le Parlement a voulu édicter une nouvelle loi conforme à la Charte et à la jurisprudence — C'est une disposition de nature hybride, à la fois pénale et électorale — Elle ne touche que les contrevenants coupables des infractions les plus graves — Proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure.*

*Pénitenciers — Les intimés sont inhabiles à voter à une élection fédérale parce qu'ils purgent une peine de deux ans ou plus — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada refuse le droit de vote seulement aux personnes purgeant une peine de deux ans ou plus, et non à toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire — Le parlement peut ajouter des conséquences civiles à une sanction criminelle — Les effets préjudiciables de la disposition contestée sont proportionnels à l'importance des objectifs et aux effets bénéfiques de la mesure — Le contexte de chaque affaire revêt une importance primordiale — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada est contraire à l'art. 3 de la Charte, mais validé par l'art. premier.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident de la décision par laquelle la Section de première instance a invalidé l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* au motif qu'il contrevient à l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne peut être validé par l'article premier de la Charte. L'intimé Sauvé, qui avait été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à un emprisonnement de 25 ans, désirait obtenir un jugement déclaratoire portant que l'alinéa 51e) de la loi est contraire aux articles 3 et 15 de la Charte. Il est maintenant en liberté conditionnelle. Les autres intimés, qui sont des détenus autochtones de l'établissement de Stony Mountain, au Manitoba, ont déposé une déclaration en vue d'obtenir la même réparation. Dans deux instances antérieures, la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour d'appel fédérale avaient

serving sentence in any penal institution for the commission of any offence were not qualified to vote at an election. These decisions were upheld by the Supreme Court of Canada which ruled that paragraph 51(e) was drawn too broadly and failed to meet the proportionality test. Shortly after, paragraph 51(e) was amended, so that only prisoners serving a sentence of two years or more in a correctional institution were prohibited from voting at a federal election. The main issue on appeal was whether paragraph 51(e) of the Act can be saved by section 1 of the Charter, more precisely whether it meets the minimal impairment and proportionality tests mandated by section 1 of the Charter.

*Held* (Desjardins J.A. dissenting), the appeal should be allowed, the cross-appeal should be dismissed.

*Per* Linden J.A.: In a section 1 analysis, context matters. Concepts such as minimal impairment and proportionality must be viewed in the light of the case before the Court. The first segment of the *Oakes* test is whether the objectives of the legislation are sufficiently pressing and substantial to warrant compromise of a Charter right. The two objectives of paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*, as submitted by the Crown and accepted by the Trial Judge, are: (a) the enhancement of civil responsibility and respect for the rule of law and (b) the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. The government has proven on a balance of probabilities that the objectives it contends for indeed motivated the passage of this legislation and the Trial Judge made no error in accepting them. The federal government enacted this legislation both as an exercise of its criminal law power and an exercise of its right to legislate about electoral law. The objectives of enhancement of civic responsibility and respect for the rule of law and enhancement of the penal sanction are sufficiently pressing and substantial as to warrant an infringement of a Charter right. Fostering civic responsibility and respect for the rule of law is important enough, in some cases, to warrant compromise of Charter rights. The penal sanction may be utilized in ways that may compromise Charter rights.

The first requirement of the *Oakes* test being met, the second requirement involves a proportionality test. In order to show that legislation which violates a Charter right is saved by section 1, the government must demonstrate that there is a rational connection between the objectives which it seeks to further and the means by which it has chosen to do so. Legislation will be rationally connected to its intended objective if it (a) is designed to meet its objective, (b) is not arbitrary and (c) is based on assumptions which,

déclaré inconstitutionnel l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, qui prévoyait, dans sa version antérieure, que toute personne purgeant une peine dans un établissement pénitentiaire pour avoir commis quelque infraction était inhabile à voter à une élection. Ces décisions ont été confirmées par la Cour suprême du Canada qui a statué que l'alinéa 51e) avait une portée trop large et ne satisfaisait pas au critère de la proportionnalité. Peu après, l'alinéa 51e) a été modifié, de sorte que seuls les prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus dans un établissement correctionnel sont privés du droit de vote à une élection fédérale. La principale question en appel était de savoir si l'alinéa 51e) de la Loi peut être validé par l'article premier de la Charte, et plus précisément s'il satisfait aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité qui doivent être appliqués en vertu de l'article premier de la Charte.

*Arrêt* (le juge Desjardins, J.C.A., dissidente): l'appel est accueilli, l'appel incident est rejeté.

Le juge Linden, J.C.A.: Lorsqu'on procède à une analyse en vertu de l'article premier, le contexte est important. Il faut aborder des concepts comme l'atteinte minimale et la proportionnalité en tenant compte des faits soumis à la Cour. Selon le premier volet du critère établi dans l'arrêt *Oakes*, les objectifs de la loi doivent être suffisamment urgents et réels pour justifier une dérogation à un droit protégé par la Charte. Les deux objectifs de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, proposés par la Couronne et retenus par le juge de première instance consistent à: a) rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit et b) faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale. Le gouvernement a prouvé selon la probabilité la plus forte que les objectifs invoqués sont bel et bien ceux qui ont motivé l'adoption des mesures législatives et le juge de première instance n'a commis aucune erreur en les retenant. Le gouvernement fédéral a édicté cette Loi dans l'exercice à la fois de son pouvoir en matière de droit criminel et de son droit de légiférer en matière de droit électoral. Les objectifs consistant à rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit et à faire ressortir les objets de la sanction pénale sont suffisamment urgents et réels pour justifier une atteinte à un droit garanti par la Charte. La promotion du sens du devoir civique et du respect de la primauté du droit est assez important, dans certains cas, pour justifier la restriction des droits garantis par la Charte. La sanction pénale peut être utilisée d'une manière qui peut porter atteinte aux droits garantis par la Charte.

La première condition fixée par l'arrêt *Oakes* étant remplie, la deuxième exigence porte sur le critère de proportionnalité. Pour démontrer qu'une disposition attentatoire à un droit protégé par la Charte est validée par l'article premier, le gouvernement doit prouver qu'il existe un lien rationnel entre les objectifs qu'il vise et les moyens qu'il a choisis pour les réaliser. Il existe un lien rationnel entre la loi et l'objectif qu'elle vise si la loi a) est conçue pour atteindre son objectif, b) n'est pas arbitraire et c) s'appuie

logically applied, further the objective. The impugned legislation is rationally connected to the government's first objective which is meant to foster civic responsibility and enhance respect for the rule of law. There is also a rational connection between the disenfranchisement of prisoners and the objective of furthering the criminal sanction. In the result, the legislation is rationally connected to the pressing and substantial objectives which motivated it. The second requirement of the *Oakes* test requires that the impugned state action impair a Charter right in an appropriately minimal way. Parliament need not, however, adopt the absolutely least-intrusive means of attaining its objectives. In assessing minimal impairment, a court must accord some deference to Parliament. The context of each case must determine the level of deference given by the courts to Parliament's impairment of the Charter right. It is Parliament's role to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Parliament's choices regarding the gravity of offences and the punishment which follows from conviction are entitled to considerable deference. The Trial Judge erred in reasoning that judge-imposed disenfranchisement would be a less intrusive manner of achieving the legislative objective than the current legislation. This law was carefully tailored to affect only Canada's most serious offenders. The disqualification applies only to those actually incarcerated after being sentenced to penitentiary terms of two years or more. This legislation is not exclusively an attempt to add a Parliamentary sentence to that imposed by the judiciary. In addition to its electoral component, it creates a consequence to criminal conviction, but that does not transform it into a sentencing provision. It is well settled that legislation may validly provide for a civil disability arising out of a criminal conviction. Civil consequences of a criminal act are not necessarily viewed as part of the criminal sentence. The prohibition contained in this legislation is hybrid in that it possesses elements of the criminal sanction as well as elements of civil disability based on electoral law. Parliament, basing itself on electoral policy, is entitled to add civil consequences to the criminal sanction in subtle, multi-dimensional ways.

The third part of the proportionality test is whether the deleterious effects of the measure are proportional to the significance of the objectives and the beneficial effects of the measure. The context of each case is always paramount and there can be no rigid test for an assessment of proportionality. In addition to electoral considerations, the main motivations in passing this law were the retributive and denunciatory aspects of the penal sanction. The courts cannot prevent Parliament from proportionately compromising Charter rights in the name of denouncing crime, even if

sur des prémisses qui, appliquées logiquement, poursuivent cet objectif. La loi contestée a un lien rationnel avec le premier objectif du gouvernement qui consiste à rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit. Il existe aussi un lien rationnel entre l'inhabilité à voter des prisonniers et l'objectif consistant à mettre en relief la sanction pénale. Tout compte fait, il existe un lien rationnel entre la loi et les objectifs urgents et réels qui en ont motivé l'adoption. La deuxième condition du critère fixé dans l'arrêt *Oakes* est de savoir si l'atteinte portée au droit en cause par la mesure contestée est minimale. Il n'est pas nécessaire que le Parlement adopte les moyens les moins radicaux de mettre en œuvre ses objectifs. Lorsqu'il évalue l'atteinte minimale, le tribunal doit faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du législateur. La retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard de la restriction par le Parlement d'un droit garanti par la Charte est tributaire du contexte de chaque cause. Il incombe au Parlement de préserver et de rehausser l'intégrité du processus électoral. Les choix du Parlement concernant la gravité des infractions et la sévérité de la peine infligée à la suite d'une condamnation doivent bénéficier d'une retenue considérable. Le juge de première instance a tiré une conclusion erronée en statuant que le retrait du droit de vote par voie judiciaire constituerait un moyen moins radical d'atteindre l'objectif visé que la Loi actuelle. Cette loi a été soigneusement adaptée pour ne toucher que les contrevenants canadiens coupables d'infractions les plus graves. L'inhabilité ne touche que les personnes effectivement incarcérées après avoir été condamnées à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus. La loi ne constitue pas exclusivement une tentative d'ajouter une peine fixée par le Parlement à celle imposée par une instance judiciaire. En plus de sa composante électorale, elle crée une conséquence à une déclaration de culpabilité criminelle, mais cela n'en fait pas une loi touchant la détermination de la peine. Il est bien établi qu'une loi peut valablement prévoir l'incapacité civile résultant d'une déclaration de culpabilité criminelle. Les conséquences civiles d'un acte criminel ne sont pas nécessairement considérées comme faisant partie de la sanction criminelle. L'interdiction prévue par cette loi est hybride car elle comporte des éléments qui procèdent à la fois de la sanction criminelle et de l'incapacité civile fondée sur le droit électoral. Le Parlement peut, en s'appuyant sur sa politique électorale, ajouter des conséquences civiles à la sanction criminelle par des mesures ingénieuses, multidimensionnelles.

Le troisième volet du critère de la proportionnalité consiste à savoir si les effets préjudiciables des mesures sont proportionnés à l'importance de ses objectifs et à ses effets bénéfiques. Le contexte de chaque affaire revêt toujours une importance primordiale et on ne saurait appliquer un critère rigide pour apprécier la proportionnalité. Les motivations à l'origine de l'adoption de cette loi étaient, outre des considérations électorales, les aspects punitif et exemplaire de la sanction pénale. Les tribunaux ne peuvent pas empêcher le Parlement de porter une atteinte proportionnée aux droits

they disagree with Parliament's penal philosophy. There are salutary effects of this legislation as well as valid objectives which were identified to the Court. Its main salutary effect is to express the sense of societal values of the community in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. It sends a message signalling Canadian values to the effect that those people who are found guilty of the most serious crimes will, while separated from society, lose access to one of the levers of electoral power. This legislation proclaims that values of civic responsibility are important to Canadians. The signal itself is an important benefit of the law. Moreover, disenfranchisement is a meaningful sanction which is noticed by offenders. Lastly, this legislation can be seen as a gentler, more humane alternative to additional incarceration. In the battle against crime, Courts cannot limit Parliament to a single punitive tool. On the other hand, the sole deleterious effect of the legislation is the withdrawal of the Charter-guaranteed right to vote. While this deprivation is serious, several facts were brought to the attention of the Court which mitigate its deleterious nature. Viewed as a civil consequence imposed as an alternative to additional incarceration which attaches to the most serious sentences for the most serious crimes, it must be concluded that this measure is proportional.

The last issue was whether paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* infringes section 15 of the Charter. The recent Supreme Court of Canada decision in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* is now the starting point for any analysis of discrimination under subsection 15(1) of the Charter. It must first be shown that the impugned legislation or state action draws a distinction between the claimant and others, second that the distinction has been drawn on an enumerated or analogous ground and third, that the distinction drawn on the basis of an enumerated or analogous ground is discriminatory in its nature. The status of prisoner does not constitute an analogous ground for purposes of section 15 of the Charter. It cannot be described as a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. Prisoners *per se* do not constitute a group analogous to those enumerated in subsection 15(1) of the Charter. While paragraph 51(e) of the Act violates section 3 of the Charter, it is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter.

*Per Desjardins J.A. (dissenting):* Paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* still carries with it some reminiscence of outdated stereotypes concerning the social status of prisoners. Depriving prisoners of the right to vote is an anachronistic concept. The dominant character of this

garantis par la Charte afin de réprover le crime, même s'ils sont en désaccord avec sa philosophie pénale. La Loi a effectivement des effets bénéfiques et des objectifs valables qui ont été exposés à la Cour. Le principal effet bénéfique de la Loi est qu'elle exprime de façon marquante le sens des valeurs sociales de la collectivité en rapport avec le comportement criminel et le droit de vote dans la société. Elle véhicule un message mettant en relief les valeurs canadiennes, selon lequel les personnes reconnues coupables des infractions les plus graves perdront, pendant leur isolement de la société, leur accès à l'un des leviers du pouvoir électoral. La Loi proclame que les valeurs du sens civique sont importantes pour les Canadiens. Ce signal constitue en soi un avantage important découlant de la loi. De plus, le retrait du droit de vote constitue une sanction significative qui n'échappe pas aux contrevenants. Enfin, cette loi peut être considérée comme une solution de rechange moins dure, plus humaine, à une incarcération additionnelle. Les tribunaux ne peuvent limiter le Parlement à un seul outil punitif, dans sa lutte à la criminalité. D'autre part, le seul effet nuisible de la loi est la privation du droit de vote garanti par la Charte. Bien que cette privation soit grave, plusieurs faits qui en atténuent le caractère nuisible ont été portés à l'attention de la Cour. Il faut conclure que cette mesure est proportionnée, si on l'envisage comme une conséquence civile imposée à titre de mesure de rechange à une période d'incarcération additionnelle dans le cas des peines les plus sévères pour les infractions les plus graves.

La dernière question en litige était de savoir si l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'article 15 de la Charte. Le récent arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* de la Cour suprême du Canada constitue maintenant le point de départ de toute analyse de la question de la discrimination interdite par le paragraphe 15(1) de la Charte. Le demandeur doit démontrer premièrement que la loi ou la mesure prise par l'État établit une distinction entre lui et d'autres personnes; deuxièmement, que cette distinction est fondée sur un motif énuméré ou analogue; et, troisièmement, que la distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue est de nature discriminatoire. L'état de prisonnier ne constitue pas un motif analogue aux fins de l'article 15 de la Charte. Il ne peut être décrit comme une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Les prisonniers ne constituent pas, en soi, un groupe analogue aux personnes énumérées au paragraphe 15(1) de la Charte. Bien qu'il contrevienne à l'article 3 de la Charte, l'alinéa 51e) de la loi constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte.

*Le juge Desjardins, J.C.A. (dissidente):* L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* conserve des relents de stéréotypes dépassés concernant le statut social des prisonniers. L'incapacité à voter des prisonniers est un concept anachronique. Le caractère dominant de la disposition législative est

legislation is the further punishment of the detainee following the commission of serious crimes. Although the link between the crime and the electoral system is somewhat remote, the penal character of the legislation is the focal point. An infringement of a fundamental right or freedom is only justified under section 1 of the Charter when both components of the *Oakes* test are satisfied. The test is to be applied flexibly and in context. The first branch of the *Oakes* test is whether the objectives of the impugned legislation are sufficiently pressing and substantial to justify overriding a protected right. The new version of paragraph 51(e) involves the state interfering in the fundamental rights of a historically vulnerable group of people for a punitive purpose on behalf of society at large. It is a case where the state behaves as a "singular antagonist". The justifications advanced by the appellants with regard to the voting process were highly abstract. Their experts' testimony established only that there might be some possible benefits from the legislation over the long term. They did not establish that the legislation was curing any problems or that its absence would result in any tangible harm. Benefits and harms must be reasonably established, in the present, before Parliament can rely upon them as its rationale for infringing constitutionally protected rights. In light of the abstract and uncertain benefits to be obtained from paragraph 51(e) of the Act, the Trial Judge's finding that the objectives of the impugned legislation were in answer to a pressing and substantial concern should be accepted with some reservation.

The second branch of the *Oakes* test comprises three parts. First, there must be a rational connection between the means chosen and the goals chosen by the legislation. The Trial Judge noted the absence of empirical evidence which would suggest that the disenfranchisement of prisoners actually serves a morally educative function. The absence of a rational connection between disenfranchisement and serving the objectives of rehabilitation could not be overlooked. The enhancement of the criminal law and the sending of a morally educative message are the only objectives rationally connected to the goals pursued by the legislation. Second, the measures must impair constitutional rights and freedoms "as little as possible". The legislation in question, not being tailored to the goals pursued by it, fails the minimal impairment test. It remains a general form of ostracism or banishment even with a marker of two years or more in prison. The sentencing judge would be better suited to pronounce disenfranchisement as a further punishment. Automatic disenfranchisement is excessive in character. The sentencing judge might apply the sanction sparingly, but the process would be less arbitrary and more significant. The Trial Judge correctly applied the minimum impairment test. This is not a situation where the courts are substituting their views for that of Parliament. It is a case where the Charter plays a role in framing the legislation. Third, there must be proportionality between the deleterious effects of the

l'imposition d'une sanction supplémentaire au détenu à la suite de la perpétration d'un crime grave. Le lien entre le crime et le système électoral est assez lointain, mais le caractère pénal de cette mesure législative en est le point central. Seule la restriction d'un droit ou d'une liberté qui satisfait aux deux volets du critère établi dans l'arrêt *Oakes* est justifiée au sens de l'article premier de la Charte. Ce critère doit être appliqué avec souplesse et en tenant compte du contexte. Le premier volet du critère énoncé dans *Oakes* consiste à déterminer si les objectifs de la mesure législative contestée sont suffisamment urgents et réels pour justifier une atteinte aux droits protégés. Dans la nouvelle version de l'alinéa 51e), l'État restreint les droits fondamentaux d'un groupe de personnes historiquement vulnérables dans un but punitif, au nom de l'ensemble de la société. C'est un cas où l'État agit en qualité d'«adversaire singulier». Les justifications proposées par les appelants concernant le processus électoral sont très abstraites. Le témoignage de leurs experts établit uniquement que cette mesure législative pourrait générer des avantages éventuels à long terme. Ils n'ont pas établi que cette disposition remédiait à un problème dont l'existence aurait été démontrée, ni qu'un préjudice concret surviendrait en son absence. Les avantages visés et les préjudices évités doivent être raisonnablement établis, dès maintenant, pour que le Parlement puisse les invoquer pour justifier une atteinte aux droits protégés par la Constitution. Compte tenu des avantages abstraits et incertains que pourrait engendrer l'alinéa 51e) de la Loi, c'est avec une certaine réserve qu'il faut retenir la conclusion du juge de première instance que les objectifs de la mesure législative contestée répondaient à un problème urgent et réel.

Le deuxième volet du critère établi dans l'arrêt *Oakes* comporte trois éléments. Premièrement, les mesures retenues doivent avoir un lien rationnel avec les objectifs de la disposition. Le juge de première instance a noté l'absence de preuve empirique qui laisserait croire que l'incapacité à voter des prisonniers joue effectivement un rôle éducatif. On ne peut passer outre l'absence de lien rationnel entre l'incapacité à voter et la mise en œuvre des objectifs de réadaptation. La mise en relief du droit criminel et la transmission d'un message moralisateur sont les seuls objectifs qui ont un lien rationnel avec les buts visés par la Loi. Deuxièmement, ces mesures doivent porter «le moins possible» atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. La mesure législative en cause, n'étant pas adaptée aux buts qu'elle vise, ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. Elle demeure une forme générale d'ostracisme ou de bannissement, même avec le critère de deux ans ou plus d'emprisonnement. Le juge qui impose la peine serait mieux placé pour prononcer l'incapacité à voter comme châtiment supplémentaire. La suspension automatique du droit de vote est excessive par nature. Il se pourrait que le juge qui prononce la sentence n'applique pas facilement cette sanction, mais ce processus serait moins arbitraire et plus significatif. Le juge de première instance a bien appliqué le critère de l'atteinte minimale. Ce n'est pas un cas où les tribunaux substituent leurs opinions à celles du législateur. C'est un cas où la

measures which are responsible for infringing the Charter right and the objectives of the legislation, and there must be proportionality between the deleterious and salutary effects of those measures. Most of the evidence offered by the appellants to support the impugned legislation amounted to an educated guess rather than the clear demonstration required by section 1 of the Charter. The statements made by the appellants' witnesses were not the kind of evidence required to support a section 1 analysis. The impugned legislation, being a last remnant of exclusionary practices, cannot resist the Charter and is therefore invalid.

Charte joue un rôle dans l'élaboration de la loi. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures qui portent atteinte aux droits garantis par la Charte et les objectifs de la loi et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. La plus grande partie de la preuve offerte par les appelants à l'appui de la mesure législative contestée se résume à une conjecture raisonnée plutôt qu'à une démonstration claire exigée par l'article premier de la Charte. Les affirmations faites par les témoins des appelants ne constituent pas le type de preuve qui appuie une analyse effectuée sous le régime de l'article premier. La disposition contestée, dernier vestige des pratiques d'exclusion, ne peut résister à l'application de la Charte et est donc invalide.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, s. 14(4)(e).  
*Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 14(4), 51(e) (as am. by S.C. 1993, c. 19, s. 23), 77(1) (as am. *idem*, s. 34).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 3, 12, 15.  
*Constitution Act, 1791*, 31 Geo. III, c. 31 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 3], s. XXIII.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 748(1) (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 6).  
*Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24.  
*Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b).  
*Elections Act*, C.C.S.M., c. E-30.  
*Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3.  
*Electoral Franchise Act (The)*, S.C. 1885, c. 40, s. 3(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57(5) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).  
*Franchise Act, 1898 (The)*, S.C. 1898, c. 14, s. 6(4).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 78(1).  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288.  
*Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1, s. 41(2).  
*Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 42(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1;

#### LOI ET RÈGLEMENTS

- Acte constitutionnel de 1791*, 31 Geo. III, ch. 31 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 3], art. XXIII.  
*Acte du cens électoral*, S.C. 1885, ch. 40, art. 3(1).  
*Acte du cens électoral de 1898*, S.C. 1898, ch. 14, art. 6(4).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 3, 12, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 748(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 6).  
*Election Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 30(b).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].  
*Loi électorale*, C.P.L.M., ch. E-30.  
*Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3.  
*Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 14, art. 14(4)e).  
*Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 14(4), 51e) (mod. par L.C. 1993, ch. 19, art. 23), 77(1) (mod., *idem*, art. 34).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57(5) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).  
*Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 42(1).  
*Loi sur le divorce*, L.C. 1967-68, ch. 24.  
*Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 41(2).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 78(1).  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1;

19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 236 N.R. 1.

## APPLIED:

*Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151; (1991), 5 C.R. (4th) 218; 6 C.R.R. (2d) 345; 42 F.T.R. 98 (T.D.); *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 70 C.C.C. (3d) 129; 11 C.R. (4th) 137; 8 C.R.R. (2d) 1; 78 Man. R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1; *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55; (1990), 55 C.C.C. (3d) 50; 75 C.R. (3d) 174; 1 C.R.R. (2d) 327; 32 F.T.R. 96 (T.D.); *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168; (1996), 107 F.T.R. 81 (T.D.); *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)*, [1999] F.C.J. No. 330 (T.D.) (QL); *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1.

## CONSIDERED:

*Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481; 89 D.L.R. (4th) 644; 55 O.A.C. 219 (C.A.); *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440; (1992), 90 D.L.R. (4th) 330; 12 C.R. (4th) 219; 9 C.R.R. (2d) 14; 132 N.R. 183 (C.A.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; (1993), 15 C.R.R. (2d) 1; 153 N.R. 242; 64 O.A.C. 124; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; (1996), 178 N.B.R. (2d) 161; 137 D.L.R. (4th) 142; 454 A.P.R. 161; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 21 O.A.C. 1 (S.C.C.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287; (1985), 25 D.L.R. (4th) 184; 20 C.R.R. 15 (T.D.); *Badger v. Canada (Attorney General) et al.* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (Q.B.); *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177; [1989] 1 W.W.R. 216; 55 Man. R. (2d) 198

19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 236 N.R. 1.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151; (1991), 5 C.R. (4th) 218; 6 C.R.R. (2d) 345; 42 F.T.R. 98 (1<sup>re</sup> inst.); *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; (1992), 89 D.L.R. (4th) 449; [1992] 2 W.W.R. 577; 70 C.C.C. (3d) 129; 11 C.R. (4th) 137; 8 C.R.R. (2d) 1; 78 Man. R. (2d) 1; 134 N.R. 81; 16 W.A.C. 1; *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55; (1990), 55 C.C.C. (3d) 50; 75 C.R. (3d) 174; 1 C.R.R. (2d) 327; 32 F.T.R. 96 (1<sup>re</sup> inst.); *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168; (1996), 107 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); *Alcorn c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1999] A.C.F. n° 330 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481; 89 D.L.R. (4th) 644; 55 O.A.C. 219 (C.A.); *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440; (1992), 90 D.L.R. (4th) 330; 12 C.R. (4th) 219; 9 C.R.R. (2d) 14; 132 N.R. 183 (C.A.); *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; (1993), 15 C.R.R. (2d) 1; 153 N.R. 242; 64 O.A.C. 124; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; (1996), 178 N.B.R. (2d) 161; 137 D.L.R. (4th) 142; 454 A.P.R. 161; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 21 O.A.C. 1 (C.S.C.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287; (1985), 25 D.L.R. (4th) 184; 20 C.R.R. 15 (1<sup>re</sup> inst.); *Badger v. Canada (Attorney General) et al.* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (B.R.); *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177; [1989] 1 W.W.R. 216; 55 Man. R. (2d) 198



(C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor General of Canada, Re* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (B.C.S.C.); *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234; 53 D.L.R. (4th) 595 (H.C.); *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; (1998), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3; (1999), 174 D.L.R. (4th) 588 (C.A.); *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; (1991), 11 W.A.C. 161; 61 B.C.L.R. (2d) 145; 5 B.C.A.C. 161; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82; 7 C.R.R. (2d) 1; 31 M.V.R. (2d) 137; 131 N.R. 1; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; (1996), 73 B.C.A.C. 81; 105 C.C.C. (3d) 327; 46 C.R. (4th) 260; 194 N.R. 321; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; (1941), 3 D.L.R. 305; 76 C.C.C. 227; *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (T.C.C.).

## REFERRED TO:

*Byatt et al. v. Alberta et al.* (1998), 216 A.R. 100; 158 D.L.R. (4th) 644; 62 Alta. L.R. (3d) 10 (C.A.); *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] M.J. No. 352 (Q.B.) (QL); *United Food and Commercial Workers, Local 1518 (U.F.C.W.) v. KMart Canada Ltd.*, [1999] S.C.J. No. 44 (QL); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *Reynolds v. A.G.B.C.* (1984), 53 B.C.L.R. 394 (C.A.); *Badger et al. v. Attorney General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108; 39 Man. R. (2d) 107; 27 C.C.C. (3d) 158; 51 C.R. (3d) 163; 21 C.R.R. 277 (Q.B.); *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.); *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 1119; (1984), 42 C.R. (3d) 78 (T.D.); *Gould v. Attorney General of Canada et al.*,

(C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor General of Canada, Re* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (C.S.C.-B.); *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234; 53 D.L.R. (4th) 595 (H.C.); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; (1998), 38 O.R. (3d) 735; 159 D.L.R. (4th) 385; 226 N.R. 1; 109 O.A.C. 201; *Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3; (1999), 174 D.L.R. (4th) 588 (C.A.); *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; (1991), 11 W.A.C. 161; 61 B.C.L.R. (2d) 145; 5 B.C.A.C. 161; 67 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (4th) 82; 7 C.R.R. (2d) 1; 31 M.V.R. (2d) 137; 131 N.R. 1; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; (1996), 73 B.C.A.C. 81; 105 C.C.C. (3d) 327; 46 C.R. (4th) 260; 194 N.R. 321; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396; (1941), 3 D.L.R. 305; 76 C.C.C. 227; *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (C.C.I.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Byatt et al. v. Alberta et al.* (1998), 216 A.R. 100; 158 D.L.R. (4th) 644; 62 Alta. L.R. (3d) 10 (C.A.); *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] M.J. n° 352 (B.R.) (QL); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 1518 (T.U.A.C.) c. KMart Canada Ltd.*, [1999] A.C.S. n° 44 (QL); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; 94 C.C.C. (3d) 289; 34 C.R. (4th) 269; 25 C.R.R. (2d) 1; 175 N.R. 1; 76 O.A.C. 81; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; (1998), 212 A.R. 237; 156 D.L.R. (4th) 385; [1999] 5 W.W.R. 451; 67 Alta. L.R. (3d) 1; 224 N.R. 1; *Reynolds v. A.G.B.C.* (1984), 53 B.C.L.R. 394 (C.A.); *Badger et al. v. Attorney General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108; 39 Man. R. (2d) 107; 27 C.C.C. (3d) 158; 51 C.R. (3d) 163; 21 C.R.R. 277 (B.R.); *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.); *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 1119; (1984), 42 C.R. (3d)

[1984] 2 S.C.R. 124; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 53 N.R. 394; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; (1994), 120 D.L.R. (4th) 175; 94 C.C.C. (3d) 385; 34 C.R. (4th) 360; 25 C.R.R. (2d) 92; 174 N.R. 321; 76 O.A.C. 241; *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; (1990), 111 A.R. 161; [1990] 6 W.W.R. 137; 76 Alta. L.R. (2d) 43; 58 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 193; 50 C.R.R. 175; 112 N.R. 193; *Condo v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)*, [1999] O.J. No. 1601 (Div. Ct.) (QL); *R. v. Joslin* (1981), 59 C.C.C. (2d) 512; 10 M.V.R. 29 (Ont. C.A.); *Ross v. Registrar of Motor Vehicles et al.*, [1975] S.C.R. 5; (1973), 42 D.L.R. (3d) 68; 14 C.C.C. (2d) 322; 23 C.R.N.S. 319; 1 N.R. 9; *Barclay (D. & G.) Builders Ltd. and St. Jane Plaza Ltd., Re*, [1973] 1 O.R. 579; (1973), 31 D.L.R. (3d) 675 (Div. Ct.); *R. v. Mitri*, [1989] O.J. No. 1873 (Prov. Ct.) (QL); *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; (1996), 182 N.B.R. (2d) 81; 139 D.L.R. (4th) 385; 463 A.P.R. 81; 110 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (5th) 1; 203 N.R. 169; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; (1987), 38 D.L.R. (4th) 641; [1987] 4 W.W.R. 481; 14 B.C.L.R. (2d) 145; 17 C.P.C. (2d) 1; 76 N.R. 81; 7 R.F.L. (3d) 225; *R. v. Stewart* (1991), 27 M.V.R. (2d) 187 (B.C.S.C.); *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171; *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689; (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; [1997] 3 C.N.L.R. 21; 206 N.R. 85 (C.A.); *McKinnon (R.J.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2284; (1991), 91 DTC 1002 (T.C.C.); *Mulligan v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1688 (T.C.C.) (QL); *Wells v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2112 (T.C.C.).

78 (1<sup>re</sup> inst.); *Gould c. Procureur général du Canada et autre*, [1984] 2 R.C.S. 124; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 53 N.R. 394; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. Le Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; (1994), 120 D.L.R. (4th) 175; 94 C.C.C. (3d) 385; 34 C.R. (4th) 360; 25 C.R.R. (2d) 92; 174 N.R. 321; 76 O.A.C. 241; *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (C. distr. Ont.); *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; (1990), 111 A.R. 161; [1990] 6 W.W.R. 137; 76 Alta. L.R. (2d) 43; 58 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 193; 50 C.R.R. 175; 112 N.R. 193; *Condo v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)*, [1999] O.J. No. 1601 (C. Div.) (QL); *R. v. Joslin* (1981), 59 C.C.C. (2d) 512; 10 M.V.R. 29 (C.A. Ont.); *Ross c. Régistrare des véhicules automobiles et autre*, [1975] R.C.S. 5; (1973), 42 D.L.R. (3d) 68; 14 C.C.C. (2d) 322; 23 C.R.N.S. 319; 1 N.R. 9; *Barclay (D. & G.) Builders Ltd. and St. Jane Plaza Ltd., Re*, [1973] 1 O.R. 579; (1973), 31 D.L.R. (3d) 675 (C. Div.); *R. v. Mitri*, [1989] O.J. n° 1873 (C. prov.) (QL); *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; (1996), 182 N.B.R. (2d) 81; 139 D.L.R. (4th) 385; 463 A.P.R. 81; 110 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (5th) 1; 203 N.R. 169; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; (1987), 38 D.L.R. (4th) 641; [1987] 4 W.W.R. 481; 14 B.C.L.R. (2d) 145; 17 C.P.C. (2d) 1; 76 N.R. 81; 7 R.F.L. (3d) 225; *R. v. Stewart* (1991), 27 M.V.R. (2d) 187 (C.S.C.-B.); *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171; *Bande indienne de Batchewana (membres non résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689; (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; [1997] 3 C.N.L.R. 21; 206 N.R. 85 (C.A.); *McKinnon (R.J.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2284; (1991), 91 DTC 1002 (C.C.I.); *Mulligan c. Canada*, [1996] T.C.J. n° 1688 (C.C.I.) (QL); *Wells c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2112 (C.C.I.).

## AUTHORS CITED

Beaudoin, Gérald A. and Errol P. Mendes, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1996.

Canada. House of Commons. Special Committee on Electoral Reform. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 10, 1993.

Hampton, Jean. "Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law" (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 23.

Hogg, P. W. and A. A. Bushell. "The Charter Dialogue

## DOCTRINE

Beaudoin, Gérald A. et Errol P. Mendes, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1996.

Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la réforme électorale. *Procès-verbaux et témoignages*, Fascicule n° 10, 1993.

*Débats de la Chambre des communes*, vol. 14, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> Lég., 1993.

Hampton, Jean. «Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of

Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L. J.* 75.

*House of Commons Debates*, Vol. 14, 3rd Sess., 34th Parl., 1993.

Landreville, P. and L. Lemonde. “Voting Rights for Prison Inmates” in Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Democratic Rights and Electoral Reform in Canada* (Research Studies; 10). Toronto: Dundurn Press, 1991.

MLA Committee Making Recommendations on Restrictions on Prisoner Voting in the Alberta Election Act. *Promoting Responsible Citizenship: Report to the Minister of Justice*. Edmonton: The Committee, 1998.

*Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. by A. W. Mewett and M. Manning. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.

Morley, Gareth. “A Just Measure of Pain? Sentencing and Sentencing Reform in the Era of the *Charter*” (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 269.

Ruby, Clayton. *Sentencing*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1980.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Trial Division decision ([1996] 1 F.C. 857; (1995), 132 D.L.R. (4th) 136; 106 F.T.R. 241) striking down paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* on the ground that it violates section 3 of the Charter and could not be saved by section 1. Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*David G. Frayer, Q.C.*, and *Gérald L. Chartier* for appellants.

*Arne Peltz* for respondents *McCorrister et al.*

*Fergus J. O'Connor* for respondent *Richard Sauvé*.

*Gerald D. Chipeur* for intervener *Attorney General of Alberta*.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.

*Public Interest Law Centre*, Winnipeg, for respondents *McCorrister et al.*

*Fergus J. O'Connor*, Kingston, Ontario, for respondent *Richard Sauvé*.

*Fraser Milner*, Calgary, for intervener *Attorney General of Alberta*.

the Law» (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 23.

Hogg, P. W. and A. A. Bushell. «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L. J.* 75.

Landreville, P. et L. Lemonde. «Le droit de vote des personnes incarcérées» dans Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Les Droits démocratiques et la réforme électorale au Canada* (Collection d'études; 10). Toronto: Dundurn Press, 1991.

MLA Committee Making Recommendations on Restrictions on Prisoner Voting in the Alberta Election Act. *Promoting Responsible Citizenship: Report to the Minister of Justice*. Edmonton: The Committee, 1998.

*Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. par A. W. Mewett et M. Manning. Markham, Ont.: Butterworths, 1994.

Morley, Gareth. «A Just Measure of Pain? Sentencing and Sentencing Reform in the Era of the *Charter*» (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 269.

Ruby, Clayton. *Sentencing*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1980.

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision ([1996] 1 C.F. 857; (1995), 132 D.L.R. (4th) 136; 106 F.T.R. 241) par laquelle la Section de première instance a invalidé l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* au motif qu'il contrevient à l'article 3 de la Charte et qu'il ne peut être validé par l'article premier. Appel accueilli, appel incident rejeté.

## ONT COMPARU:

*David G. Frayer, c.r.*, et *Gérald L. Chartier* pour les appelants.

*Arne Peltz* pour les intimés *McCorrister et al.*

*Fergus J. O'Connor* pour l'intimé *Richard Sauvé*.

*Gerald D. Chipeur* pour le procureur général de l'Alberta, intervenant.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.

*Public Interest Law Centre*, Winnipeg, pour les intimés *McCorrister et al.*

*Fergus J. O'Connor*, Kingston (Ontario), pour l'intimé *Richard Sauvé*.

*Fraser Milner*, Calgary, pour le procureur général de l'Alberta, intervenant.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] DESJARDINS J.A. (*dissenting*): This case brings before us, for the second time, the issue of the rights of prisoners to vote in federal elections. An earlier federal statute, which disenfranchised all prisoners for the purposes of federal election, was declared invalid by the Supreme Court of Canada. The law was then amended. The legislation at issue here, paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*<sup>1</sup> (the CEA or the Act), stipulates that prisoners serving sentences of two years or more in correctional institutions are prohibited from voting in federal elections. The provision, which came into force on May 6, 1993, reads:

51. The following persons are not qualified to vote at an election and shall not vote at an election:

. . .

(e) every person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more.

[2] The respondents contend that this legislation unduly infringes the right of prison inmates to vote in federal elections, a right which is guaranteed by section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). Section 3 provides that:

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

[3] The appellants, represented by the Attorney General of Canada, have admitted that this disenfranchisement constitutes a *prima facie* breach of section 3 of the Charter. The sole issue in this appeal is, therefore, essentially whether the disenfranchisement is justified under section 1 of the Charter which provides:

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

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par*

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A. (*dissidente*): Nous sommes saisis, pour la deuxième fois, de la question du droit des prisonniers de voter à une élection fédérale. Une loi fédérale antérieure, qui privait tous les prisonniers du droit de vote aux élections fédérales, a été invalidée par la Cour suprême du Canada. La Loi a alors été modifiée. La mesure législative en cause en l'espèce, l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*<sup>1</sup> (la LEC ou la Loi), interdit aux prisonniers qui purgent une peine de deux ans ou plus dans un établissement correctionnel de voter à une élection fédérale. Voici le libellé de cette disposition, qui est entrée en vigueur le 6 mai 1993:

51. Les individus suivants sont inhabiles à voter à une élection et ne peuvent voter à une élection:

[. . .]

e) toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus.

[2] Les intimés soutiennent que la loi porte indûment atteinte au droit des détenus de voter aux élections fédérales que leur garantit l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). L'article 3 dispose:

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

[3] Les appelants, représentés par le procureur général du Canada, ont reconnu que cette inhabilité à voter contrevient à première vue à l'article 3 de la Charte. La seule question en litige dans l'appel est donc de savoir essentiellement si l'inhabilité à voter est justifiée en regard de l'article premier de la Charte, qui prévoit:

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.

[4] The respondents have cross-appealed. They claim that paragraph 51(e) of the Act is in violation of section 15 of the Charter.

[5] I shall deal first with the appeal and then with the cross-appeal.

#### A. The appeal

[6] The facts of this case have been set out by my colleague Linden J.A. who has also done a brief history of prisoner disenfranchisement legislation in pre-Charter Canada and a review of the case law on this matter following the adoption of the Charter. This allows me to undertake immediately an analysis of the law. But, before I do so, I wish to clarify that when the appeals of *Sauvé v. Canada (Attorney General)*<sup>2</sup> and *Belczowski v. Canada*<sup>3</sup> were heard together by the Supreme Court of Canada in *Sauvé v. Canada (Attorney General)*<sup>4</sup> [hereinafter *Sauvé No. 1* the Supreme Court dismissed both appeals because in the opinion of the Court:

... s. 51(e) is drawn too broadly and fails to meet the proportionality test, particularly the minimal impairment component of the test, as expressed in the s. 1 jurisprudence of the Court. [My emphasis.]

[7] I observe that the Supreme Court of Canada, in that case, expressed concern with the proportionality test, particularly with the minimal impairment component of the test.

[8] It is with this background in mind that I approach the case at bar.

#### I. The nature and purpose of paragraph 51(e) of the Act

[9] In order to determine whether paragraph 51(e) of the Act satisfies the requirements of section 1 of the Charter, it is first necessary to determine the nature and purpose of this provision.

[10] Before the Trial Judge<sup>5</sup> and before us, the appellants submitted that the purposes of this legislation are to:

[4] Les intimés ont formé un appel incident. Ils prétendent que l'alinéa 51e) de la Loi contrevient à l'article 15 de la Charte.

[5] J'examinerai l'appel avant de me prononcer sur l'appel incident.

#### A. L'appel

[6] Les faits en cause ont été exposés par mon collègue, le juge Linden, J.C.A., qui a aussi fait un bref historique de la législation prévoyant l'inhabilité à voter des prisonniers au Canada avant l'entrée en vigueur de la Charte et passé en revue les décisions judiciaires rendues depuis l'avènement de la Charte sur cette question. Je peux donc passer directement à l'analyse du droit. Toutefois, avant de m'y attaquer, je tiens à préciser que, lorsque les pourvois formés à l'encontre des décisions *Sauvé v. Canada (Attorney-General)*<sup>2</sup> et *Belczowski c. Canada*<sup>3</sup> ont été entendus ensemble par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sauvé c. Canada (Procureur général)*<sup>4</sup>, [ci-après *appelée*] *Sauvé n° 1*, la Cour suprême a rejeté les appels parce qu'elle estimait que:

[. . .] l'al. 51e) a une portée trop large et ne satisfait pas au critère de la proportionnalité, particulièrement en ce qui concerne l'élément de l'atteinte minimale, énoncé dans la jurisprudence de notre Cour touchant l'article premier. [Non souligné dans l'original.]

[7] Je remarque que, dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a exprimé sa préoccupation quant au critère de la proportionnalité, particulièrement en ce qui concerne l'élément de l'atteinte minimale.

[8] C'est en gardant ce contexte à l'esprit que j'aborde l'appel qui nous est soumis.

#### I. La nature et l'objet de l'alinéa 51e) de la Loi

[9] Pour déterminer si l'alinéa 51e) de la Loi satisfait aux conditions posées par l'article premier de la Charte, il faut d'abord en déterminer la nature et l'objet.

[10] Devant le juge de première instance<sup>5</sup> et devant nous, les appelants ont fait valoir que les objectifs de la Loi consistent à:

(1) enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and

(2) enhance the general purposes of the criminal sanction.

[11] The appellants submitted that the first objective of paragraph 51(e) of the Act is to cultivate among Canadian citizens an appreciation for, and an understanding of, the relationship between individuals' rights and societal responsibilities; good citizenship, in particular. They argued that the impugned provision seeks to denounce citizens who have, through their serious criminal conduct, acted in a grossly disrespectful manner toward the lives, property, or dignity of their fellow citizens. This denunciatory message in the legislation aims at affirming the connection between participation in the voting process and commitment to the rule of law.

[12] The appellants submitted that the second objective of the legislation is the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. In their view, the suspension of an inmate's right to vote until he has been released from prison sends a message which has a retributive, denunciatory and morally educative function.

[13] The respondents argued that the disenfranchisement of prisoners serves no useful purpose at any level and that it is merely a remnant of the exclusionary practices of the past. They pointed to the marginalization of much of society in the past through property and gender qualifications for voting.<sup>6</sup> They noted that the idea that prisoners should be banished from society and suffer the loss of all of their civil rights has fallen by the wayside along with these other exclusionary practices. They submitted that the two-year cutoff was arbitrary and chosen for administrative convenience<sup>7</sup> and that the Crown's expert witnesses had been unable to establish any actual benefit derived by society as a result of the disenfranchisement of prisoners.<sup>8</sup>

[14] The Trial Judge carefully studied the history of the legislation in order to ascertain the grounds on

(1) rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit; et

(2) faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale.

[11] Les appelants soutiennent que le premier objectif de l'alinéa 51e) de la Loi consiste à inculquer chez les citoyens canadiens le sens des liens entre les droits des personnes et les responsabilités qu'elles ont envers la société, c'est-à-dire les obligations d'un bon citoyen. Ils plaident que la disposition contestée vise à dénoncer les individus qui, par leur comportement particulièrement répréhensible, ont fait montre d'un manque de respect flagrant à l'endroit de la vie, des biens ou de la dignité de leurs concitoyens. Ce message accusateur vise à affirmer le lien entre la participation au processus électoral et le respect de la primauté du droit.

[12] Les appelants soutiennent que le deuxième objectif de la disposition législative est de faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale. À leur avis, la suspension du droit de vote du détenu jusqu'à sa mise en liberté transmet un message qui a une fonction punitive, exemplaire et édifiante.

[13] Les intimés affirment que l'inhabilité à voter des prisonniers ne sert aucune fin utile sur quelque plan que ce soit et qu'elle représente simplement un vestige des pratiques d'exclusion du passé. Ils soulignent qu'une grande partie de la société était autrefois marginalisée par l'assujettissement de l'habilité à voter à des conditions fondées sur le sexe et sur la qualité de propriétaire<sup>6</sup>. Ils soulignent que l'idée que les prisonniers doivent être bannis de la société et privés de tous leurs droits civiques a été abandonnée avec les autres pratiques d'exclusion. Ils font valoir que l'exclusion de deux ans est arbitraire et n'a été retenu que par commodité administrative<sup>7</sup> et que les témoins experts de la Couronne n'ont réussi à prouver l'existence d'aucun avantage réel pour la société qui découlerait de l'inhabilité à voter des prisonniers<sup>8</sup>.

[14] Le juge de première instance a étudié minutieusement l'historique de la disposition législative contes-

which the impugned legislation was based.

[15] He observed that, in 1993, the Act in force at the time of *Sauvé No. 1* and *Belczowski*<sup>9</sup> was substantially amended by Bill C-114,<sup>10</sup> and that, prior to that, in November 1989, a Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the Lortie Commission) was established for the purpose of inquiring into the appropriate principles and processes that should govern, *inter alia*, the election of members of the House of Commons. The Parliamentarians who voted on the amendment to the Act were thus well aware of the research studies and report of the Lortie Commission. The Trial Judge wrote:<sup>11</sup>

As is typical of royal commissions, numerous research studies accompanied the Lortie Commission's recommendations. The prisoner disqualification, in particular, was addressed in an article by P. Landreville and L. Lemonde entitled "Voting Rights for Prisoner Inmates" [in *Democratic Rights and Electoral Reform in Canada*, Volume 10 of the Research Studies], in which the authors recommended that all prisoners be granted the right to vote. The Lortie Commission did not accept that recommendation; rather, it concluded that persons who had been convicted of an offence punishable by a maximum of life imprisonment, and who had been sentenced to a prison term of ten years or more, should be disqualified from voting during the period of incarceration (Recommendation 1.2.7.). Obviously, Parliamentarians had full access to the research studies, as well as the *Final Report* of the Royal Commission.

[16] An intensive review by a Special Committee on Electoral Reform occurred in the House of Commons. The Trial Judge stated to that effect:<sup>12</sup>

The Minutes of the Proceedings of the Special Committee on Electoral Reform reveal Parliament's concern that the courts should defer to Parliament on the issue of the prisoner disqualification. The Special Committee spent a great deal of time trying to determine whether a two-year limit for the disqualification was appropriate, or whether a cutoff of five years, or seven years, or ten years (as recommended by the Lortie Commission) was more justifiable. Eventually, the Special Committee recommended a two-year cutoff since, in their view, serious offenders may be considered to be those individuals who have been sentenced to

tée afin de déterminer avec certitude les motifs sur lesquels elle se fonde.

[15] Il a noté que la loi en vigueur à l'époque des arrêts *Sauvé n° 1* et *Belczowski*<sup>9</sup> été modifiée sur le fond en 1993 par le Projet de loi C-114<sup>10</sup> et que, plus tôt, en novembre 1989, une Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la Commission Lortie) avait été créée et chargée de mener une enquête sur les principes et processus devant régir, notamment, l'élection des membres de la Chambre des communes. Les membres du Parlement qui ont voté relativement à la modification apportée à la Loi étaient donc bien informés des études et du rapport de la Commission Lortie. Voici les propos tenus à ce sujet par le juge de première instance<sup>11</sup>:

Comme c'est habituellement le cas des rapports présentés par les commissions royales, de nombreuses études étaient jointes aux recommandations de la Commission Lortie. L'inhabilité à voter des prisonniers, quant à elle, a été examinée dans un article de P. Landreville et L. Lemonde intitulé «Le droit de vote des personnes incarcérées» [dans *Les droits démocratiques et la réforme électorale au Canada*, volume 10 de la collection d'études], dans lequel les auteurs ont recommandé que le droit de vote soit accordé à tous les prisonniers. La Commission Lortie n'a pas accepté cette recommandation; elle est plutôt arrivée à la conclusion que les personnes qui avaient été reconnues coupables d'une infraction assujettie à une peine d'emprisonnement à perpétuité et qui avaient été condamnées à une peine d'emprisonnement d'au moins dix ans ne devraient pas avoir le droit de voter pendant qu'elles étaient incarcérées (Recommandation 1.2.7.). De toute évidence, les membres du Parlement avaient entièrement accès aux études ainsi qu'au *Rapport final* de la Commission royale.

[16] Une étude intensive a été menée à la Chambre des communes par un Comité spécial sur la réforme électorale. Le juge de première instance en parle dans les termes suivants<sup>12</sup>:

Les procès-verbaux du Comité spécial sur la réforme électorale font état du désir du Parlement que les tribunaux s'en remettent à celui-ci en ce qui a trait à l'inhabilité à voter des prisonniers. Le Comité spécial s'est longuement attardé à la question de savoir si la limite de deux ans à l'égard de l'inhabilité à voter était justifiée, ou si une période de cinq ans, sept ans ou même dix ans (selon la recommandation de la Commission Lortie) convenait davantage. Finalement, le Comité spécial a recommandé une période d'exclusion de deux ans étant donné que, à son avis, les individus ayant commis de graves infractions sont

a term of two years or more in a correctional institution. Generally, that means a federal penitentiary, but not exclusively. [My emphasis.]

[17] The Trial Judge noted from the Minutes of the Proceedings of the Special Committee that the objective of enhancing punishment through the disenfranchisement of prisoners was clearly considered by the Committee.<sup>13</sup> For instance, during the discussions of the Committee, it was expressed that there must be some limits on the right to vote and that punishment encompass the disenfranchisement of all incarcerated offenders. The Trial Judge implied from comments drawn from the *House of Commons Debates*:<sup>14</sup>

... that the Government intended the prisoner disenfranchisement provision to have an educative effect.

[18] Similarly, he wrote:<sup>15</sup>

... it was expressed that persons who choose to act against society must suffer the consequences, including the denial of freedom and the loss of privileges which free and responsible citizens enjoy—one of which is the right to vote. [My emphasis.]

[19] He further wrote that the application of paragraph 51(e) was not offender-specific in the sense that it did not take into account the particular circumstances of the inmate before and after incarceration. It was sentence-specific. He was satisfied that sentences of two years or more involved serious crimes that reflected conduct which a court had determined to be sufficiently distasteful to have warranted such a sentence. He said:<sup>16</sup>

In the context of the considerable amount of study and discussion surrounding prisoner disenfranchisement before Bill C-114 was passed, I find a clear concern by Parliament regarding the characteristics of civic responsibility and respect for the rule of law in Canadian society. Furthermore, there is evidence of an intent to punish individuals who commit serious antisocial acts.

Specifically, the legislative text, in conjunction with the proceedings of the Special Committee on Electoral Reform, reveal that the provision is clearly directed at imposing the

probablement des personnes qui ont été condamnées à purger une peine d'au moins deux ans dans un établissement correctionnel. De façon générale, il s'agira d'un pénitencier fédéral, mais ce n'est pas toujours le cas. [Non souligné dans l'original.]

[17] Le juge de première instance a souligné, en s'appuyant sur les procès-verbaux du Comité spécial, qu'il était clair que le Comité avait examiné l'objectif de mettre en relief la sanction pénale en privant les prisonniers de leur droit de vote<sup>13</sup>. Ainsi, au cours des travaux du Comité, certains membres ont fait valoir que le droit de vote devait être assujéti à certaines restrictions et que la punition englobait le retrait du droit de vote à tous les contrevenants incarcérés. Le juge de première instance a déduit des commentaires tirés des *Débats de la Chambre des communes*<sup>14</sup>:

[...] que le gouvernement voulait que la disposition retirant le droit de vote des détenus ait un effet éducatif.

[18] Il a aussi écrit<sup>15</sup>:

D'autres députés ont soutenu que les personnes qui choisissent d'agir à l'encontre de la société doivent subir les conséquences de leurs actes, y compris la perte de la liberté et des privilèges dont jouissent les citoyens libres et responsables, notamment le droit de vote. [Non souligné dans l'original.]

[19] Il a poursuivi en affirmant que l'application de l'alinéa 51e) n'était pas axée sur le contrevenant, en ce sens que cette disposition ne tient pas compte de la situation particulière du détenu avant et après l'incarcération. Elle est plutôt axée sur la peine. Le juge de première instance était convaincu que les peines d'emprisonnement de deux ans ou plus sont liées à des crimes graves qu'un tribunal a jugés répréhensibles au point de justifier ces peines. Voici comment il s'est exprimé<sup>16</sup>:

Les nombreuses études et discussions qui ont porté sur l'incapacité à voter des prisonniers avant l'adoption du Projet de loi C-114 indiquent que le Parlement était manifestement préoccupé par la nécessité d'inculquer le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit dans la société canadienne. De plus, il semble que le Parlement avait l'intention de punir les personnes qui commettent des actes graves antisociaux.

Plus précisément, il appert du libellé de la disposition ainsi que des procès-verbaux du Comité spécial sur la réforme électorale que la disposition visait sans conteste à



sanction of disenfranchisement as a further punishment for serious crime. Moral education also appears to be a rationale for this additional sanction. The objective of enhancing civic responsibility through the operation of paragraph 51(e) of the CEA is more elusive. Nevertheless, the Debates of the House of Commons do reveal that some consideration was given to the fact that the impugned provision is capable of sending a message to offenders, and to the general public, about the importance, in a democracy, of the right to vote. [My emphasis.]

[20] In view of this, the two objectives of the legislation stated by the appellants may be further broken down into two more specific components:

1. (a) to represent to every citizen that voting is accorded only to those citizens who obey the law; and
  - (b) to express Parliament's disapproval of the prisoner's conduct.<sup>17</sup>
2. (a) to further punish prisoners who have committed serious offences; and
  - (b) to encourage the rehabilitation of offenders by providing them with an extra incentive to reform themselves and re-enter society so as to obtain the right to vote.<sup>18</sup>

[21] The Trial Judge found as a fact that the purposes of the legislation were those two objectives advanced by the appellants.<sup>19</sup> I accept his finding with one observation.

[22] Because of the history of disenfranchisement of prisoners, I am inclined to believe that paragraph 51(e) of the Act still carries with it some reminiscence of outdated stereotypes concerning the social status of prisoners. Depriving prisoners of the right to vote is an anachronistic concept. This impugned provision is akin to civil death in the law of Edward III, which my colleague Linden J.A. refers to in paragraph 63 of his reasons,<sup>20</sup> and to the old articles 30 to 38 of the *Civil Code of Lower Canada* which, until 1906, determined that prisoners condemned to death, or to any other corporal punishment for life, be deprived of their civil

imposer le retrait du droit de vote comme sanction supplémentaire à l'égard d'un crime grave. L'éducation morale semble constituer un autre motif justifiant cette sanction supplémentaire. L'objectif de rehausser le sens du devoir civique par l'application de l'alinéa 51e) de la LEC est moins évident. Néanmoins, une lecture des Débats de la Chambre des communes indique que le législateur a tenu compte du fait que la disposition attaquée pouvait transmettre aux contrevenants et au grand public un message au sujet de l'importance du droit de vote dans une démocratie. [Non souligné dans l'original.]

[20] Compte tenu de ce qui précède, chacun des deux objectifs de la loi proposés par les appelants peuvent être segmentés en deux composantes plus précises:

1. a) faire savoir à chaque citoyen que le droit de vote n'est reconnu qu'aux citoyens qui respectent la loi;
  - b) exprimer la désapprobation, par le Parlement, de la conduite du prisonnier<sup>17</sup>.
2. a) imposer une sanction supplémentaire aux prisonniers qui ont commis des crimes graves;
  - b) favoriser la réadaptation des contrevenants en leur fournissant un motif supplémentaire de s'amender et de réintégrer la société pour obtenir le droit de vote<sup>18</sup>.

[21] Le juge de première instance a conclu qu'en fait, les buts visés par la Loi étaient les deux objectifs proposés par les appelants<sup>19</sup>. Je retiens sa conclusion, avec une observation.

[22] Compte tenu de l'historique de l'incapacité à voter des prisonniers, je suis portée à croire que l'alinéa 51e) de la Loi conserve des relents de stéréotypes dépassés concernant le statut social des prisonniers. L'incapacité à voter des prisonniers est un concept anachronique. La disposition législative contestée s'apparente à la mort civile dans la loi d'Édouard III, que mon collègue le juge Linden mentionne au paragraphe 63 de ses motifs<sup>20</sup>, et aux anciens articles 30 à 38 du *Code civil du Bas-Canada* qui, jusqu'en 1906, prévoyaient que les prisonniers condamnés à mort ou à toute autre peine afflictive

rights. Changes have now occurred in some jurisdictions. Prisoners in both provincial and federal institutions may vote in provincial general elections in Ontario, Quebec and Newfoundland.<sup>21</sup> In Quebec, all prisoners have been eligible to vote in provincial elections since 1981.<sup>22</sup> British Columbia's legislation, on the other hand, mirrors the federal provision.<sup>23</sup> Alberta, for its part, is in the process of considering new restrictions in its legislation<sup>24</sup> following the striking down of disqualification provisions by the Alberta Court of Appeal.<sup>25</sup> All federal and provincial prisoners were eligible to vote in the 1992 federal referendum after the decision of the Federal Court of Appeal in *Belczowski* and the Ontario Court of Appeal in *Sauvé No. 1*.<sup>26</sup> But, then came the present paragraph 51(e) of the Act.

[23] The Lortie Commission Report and the House of Commons were careful to note both the criminal and electoral character of the legislation. But, as was observed by the Trial Judge, the objective of enhancing civic responsibilities through the operation of paragraph 51(e) of the Act is more elusive. And the rehabilitation, as we will see later, is nil. The Trial Judge found as a fact that the impugned legislation runs counter to rehabilitation.<sup>27</sup>

[24] The dominant character of this legislation is unquestionably the further punishment of the detainee following the commitment of serious crimes. This is made clear from the two goals pursued by the legislation, but it is particularly apparent with the breaking down of these goals into the four components mentioned earlier. What the impugned provision does is to express Parliament's disapproval of the conduct of those who seriously break the law by depriving them of the right to participate in the law-making process. Yet, the link between the crime and the electoral system is somewhat remote. This case is to be distinguished from *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*<sup>28</sup> where the Supreme Court of Canada considered the constitutionality of a provision suspending the right to vote or sit in the legislature upon

perpétuelle perdaient leurs droits civils. Des changements sont maintenant survenus dans certains ressorts. Les prisonniers des établissements fédéraux et provinciaux peuvent voter aux élections générales provinciales en Ontario, au Québec et à Terre-Neuve<sup>21</sup>. Au Québec, tous les prisonniers peuvent voter aux élections provinciales depuis 1981<sup>22</sup>. Par contre, la loi de la Colombie-Britannique est semblable à la loi fédérale<sup>23</sup>. Pour sa part, l'Alberta étudie présentement l'opportunité d'édicter de nouvelles restrictions<sup>24</sup> à la suite de l'annulation, par la Cour d'appel de l'Alberta, des dispositions législatives prévoyant l'inhabilité à voter<sup>25</sup>. Tous les prisonniers fédéraux et provinciaux ont pu voter au référendum fédéral de 1992 après les arrêts rendus par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Belczowski* et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Sauvé n° 1*<sup>26</sup>. Mais l'actuel alinéa 51(e) de la Loi a ensuite été édicté.

[23] Le Rapport de la Commission Lortie et la Chambre des communes ont pris soin de noter le caractère à la fois criminel et électoral de la loi. Néanmoins, comme l'a fait remarquer le juge de première instance, l'objectif de rehausser le sens du devoir civique par l'application de l'alinéa 51(e) de la Loi est moins évident. Et la réadaptation est inexistante, comme nous le verrons plus loin. Le juge de première instance a tiré une conclusion de fait portant que la mesure législative contestée nuit à la réadaptation<sup>27</sup>.

[24] Le caractère dominant de la disposition législative est sans conteste l'imposition d'une sanction supplémentaire au détenu à la suite de la perpétration d'un crime grave. Cela ressort clairement des deux objectifs de la disposition, mais plus particulièrement des quatre composantes susmentionnées que l'on obtient en segmentant ces objectifs. En réalité, par la disposition contestée, le Parlement exprime sa désapprobation de la conduite des personnes qui enfreignent gravement la loi en les privant de leur droit de participer au processus législatif. Toutefois, le lien entre le crime et le système électoral est assez lointain. La présente affaire doit être distinguée de la cause *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*<sup>28</sup>, dans laquelle la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la constitutionnalité d'une disposition déclarant

conviction for corrupt or illegal practice under the New Brunswick *Elections Act* [R.S.N.B. 1973, c. E-3]. The disqualification in that case derived from a violation of the electoral process itself. Here, any crime which carries with it detention of two years or more will result in disenfranchisement for those who have the status of detainee at the time of voting so as to enhance the value of the voting process. While both objectives, electoral and penal, are pursued, the penal character of the legislation is the focal point.

[25] This characterization is essential to an analysis of section 1 of the Charter.

## II. The proper level of scrutiny under the *Oakes* test

[26] An infringement of a fundamental right or freedom is only justified under section 1 of the Charter when both components of the *Oakes* [*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103] test are satisfied. The *Oakes* test itself has been elucidated by later cases. The cardinal principle is, of course, that the test is to be applied flexibly and in context.<sup>29</sup> The first branch of the *Oakes* test requires a court to determine whether the objectives of the impugned legislation are sufficiently pressing and substantial to justify infringing constitutionally protected rights. The second branch of the *Oakes* test requires a court to assess whether the means chosen by Parliament to implement the objectives pursued are reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. The second branch of this analysis has three elements. First, the measures adopted must be rationally connected to the objectives of the legislation. Second, the measures must impair constitutional rights and freedoms “as little as possible.” The formulation of this second element has varied over the years. The expression “as little as possible” was repeated in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*,<sup>30</sup> but it was also said that “an impairment must be minimal to the extent that it impairs the right no more than is necessary”.<sup>31</sup> In adding this sentence, La Forest J., for the Court, relied on a statement by

inhabiles à voter et à siéger à la législature les personnes déclarées coupables de corruption ou de manœuvre frauduleuse en vertu de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick [L.R.N.-B. 1973, ch. E-3]. Dans cette affaire, l’inhabilité résultait d’une violation du processus électoral même. En l’espèce, tout crime puni par une détention de deux ans ou plus entraîne la perte du droit de vote pour les personnes détenues au moment d’une élection, dans le but de rehausser la valeur du processus électoral. Bien que cette mesure législative vise à la fois un objectif pénal et un objectif électoral, son caractère pénal en est le point central.

[25] Cette caractérisation est essentielle à l’analyse effectuée sous le régime de l’article premier de la Charte.

## II. La norme d’examen prescrite par le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*

[26] Seule la restriction d’un droit ou d’une liberté qui satisfait aux deux volets du critère établi dans l’arrêt *Oakes* [*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103] est justifiée au sens de l’article premier de la Charte. Le critère énoncé dans *Oakes* a lui-même été précisé dans la jurisprudence ultérieure. Le principe capital est bien sûr que ce critère doit être appliqué avec souplesse et en tenant compte du contexte<sup>29</sup>. Le premier volet du critère énoncé dans *Oakes* exige que le tribunal détermine si les objectifs de la mesure législative contestée sont suffisamment urgents et réels pour justifier une atteinte aux droits protégés par la Constitution. Le deuxième volet du critère énoncé dans *Oakes* exige que le tribunal évalue les moyens choisis par le législateur pour mettre en œuvre les objectifs visés afin de déterminer s’ils sont raisonnables et s’ils peuvent se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique. Ce deuxième volet de l’analyse comporte trois éléments. Premièrement, les mesures retenues doivent avoir un lien rationnel avec les objectifs de la disposition. Deuxièmement, ces mesures doivent porter «le moins possible» atteinte aux droits et libertés garanties par la Constitution. La formulation de ce deuxième élément a varié au cours des ans. L’expression «le moins possible» a été reprise dans l’arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*<sup>30</sup>, mais cette décision dit

McLachlin J. in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*<sup>32</sup> in which she said that “the government must show that the measures at issue impair the right . . . as little as reasonably possible” and that “the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary”. A year later, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, the words “no more than is reasonably necessary” were stated.<sup>33</sup> (My emphasis.) But, in the recent case of *United Food and Commercial Workers, Local 1518 (U.F.C.W.) v. KMart Canada Ltd.*,<sup>34</sup> the Court reverted to the test of *RJR-MacDonald Inc.* I take the view that these various expressions amount to the same test. Third, there must be proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the Charter rights and the objectives of the legislation which have been identified as being of “sufficient importance” and, in case of a partial achievement of the objectives, “there must be a proportionality between the deleterious and salutary effects of the measures”.<sup>35</sup> [Underlining in original.]

[27] Two other developments of the *Oakes* test are particularly relevant here. First, the requirement that the objectives of the infringing legislation be “pressing and substantial” has been lowered in the case of civil legislation which can be characterized as “administrative and regulatory” or “social and economic” in character. The rationale for this change appears to have been the difficulty faced by the Government in creating administrative programs tailored to different groups in society in the face of the broad guarantee of equality in section 15 of the Charter. The rationale for the reduced standard was explained by McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*:<sup>36</sup>

In *Oakes*, it was held that to override a *Charter* guaranteed right the objective must relate to concerns which are

également que «la restriction doit être minimale de façon à ce que l’atteinte au droit ne dépasse pas ce qui est nécessaire»<sup>31</sup>. En ajoutant cette phrase, le juge La Forest, s’exprimant au nom de la Cour, s’est appuyé sur les propos tenus par le juge McLachlin dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>32</sup>, selon lesquels «le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible» et «la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire». Un an plus tard, dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, on a utilisé les mots «pas [. . .] plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire»<sup>33</sup>. (Non souligné dans l’original.) Mais dans la cause récente *Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 1518 (T.U.A.C.) c. KMart Canada Ltd.*<sup>34</sup>, la Cour est revenue au critère énoncé dans *RJR-MacDonald Inc.* Je suis d’avis que ces différentes expressions renvoient au même critère. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures qui portent atteinte aux droits garantis par la Charte et les objectifs de la loi jugés «suffisamment importants» et, dans le cas où ces objectifs ne sont que partiellement atteints, «il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques»<sup>35</sup>. [Souligné dans l’original.]

[27] Deux autres aspects de l’évolution du critère établi dans l’arrêt *Oakes* sont pertinents en l’espèce. Premièrement, la condition selon laquelle les objectifs de la loi attentatoire doivent être «urgents et réels» a été assouplie dans le cas de mesures législatives en matière civile qui peuvent être caractérisées comme de nature «administrative et réglementaire» ou «socio-économique». Ce changement semble être dû aux difficultés auxquelles s’est heurté le gouvernement lorsqu’il a voulu créer des programmes administratifs adaptés aux différents groupes de la société compte tenu de la portée générale de la protection du droit à l’égalité accordée par l’article 15 de la Charte. Le juge McIntyre a expliqué pourquoi la norme avait été abaissée, dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>36</sup>:

Dans l’arrêt *Oakes*, on a décidé que pour justifier la suppression d’un droit garanti par la *Charte*, l’objectif doit se

“pressing and substantial” in a free and democratic society. However, given the broad ambit of legislation which must be enacted to cover various aspects of the civil law dealing largely with administrative and regulatory matters and the necessity for the Legislature to make many distinctions between individuals and groups for such purposes, the standard of “pressing and substantial” may be too stringent for application in all cases. To hold otherwise would frequently deny the community-at-large the benefits associated with sound social and economic legislation. In my opinion, in approaching a case such as the one before us, the first question the Court should ask must relate to the nature and the purpose of the enactment, with a view to deciding whether the limitation represents a legitimate exercise of the legislative power for the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights.

[28] The second development of the *Oakes* test, which must be kept in mind, relates to the second element of the proportionality component of the analysis known as the “minimum impairment” test. In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*,<sup>37</sup> the Supreme Court of Canada reminded us that “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”. Where the state behaves as a “singular antagonist” to the individuals whose rights are infringed, it must demonstrate that the means it has chosen to achieve its objective constitute the “least drastic means” available to achieve its goals. This type of state behaviour occurs primarily, but not exclusively, in the criminal law sphere.<sup>38</sup> Alternatively, where state acts are directed towards “the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce governmental resources”,<sup>39</sup> the means chosen by the state will be evaluated according to a less stringent standard. In *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, La Forest J. explained that the rationale for the higher standard in criminal cases is that courts are well suited by their experience in that field to balance the interests of the state against those of individuals, a role they cannot play so well in cases of resource allocation.<sup>40</sup>

rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles» dans une société libre et démocratique. Cependant, étant donné la vaste portée des mesures législatives qui doivent être adoptées pour répondre à divers aspects du droit civil qui se rapportent dans une large mesure à des questions administratives et réglementaires, et compte tenu de la nécessité que la législature établisse de nombreuses distinctions entre les individus et les groupes à ces fins, il est possible que la norme des préoccupations «urgentes et réelles» soit trop stricte pour s’appliquer dans tous les cas. Prétendre le contraire aurait souvent pour effet de priver l’ensemble de la collectivité des bénéfices liés à une loi socio-économique juste. À mon avis, en abordant une affaire comme celle qui nous est soumise, la première question que devrait se poser le tribunal doit porter sur la nature et l’objet de la mesure législative en vue de décider si la restriction constitue un exercice légitime du pouvoir législatif visant à réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution.

[28] Le deuxième aspect de l’évolution du critère établi dans *Oakes*, qu’il faut garder à l’esprit, touche le deuxième élément de la composante de la proportionnalité de l’analyse, connu comme le critère de «l’atteinte minimale». Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*<sup>37</sup>, la Cour suprême du Canada nous a rappelé que «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». Lorsque l’État agit en qualité d’«adversaire singulier» d’une personne dont le droit a été violé, il doit démontrer que les moyens qu’il a choisis pour réaliser ses objectifs constituent les «moyens les moins radicaux» qui s’offraient à lui pour atteindre ses objectifs. L’État agit ainsi principalement, mais pas exclusivement, dans le domaine du droit criminel<sup>38</sup>. Par ailleurs, si les actes de l’État visent plutôt «la conciliation de revendications contraires de groupes ou d’individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées»<sup>39</sup>, les moyens choisis par l’État seront évalués au regard d’une norme moins sévère. Dans l’arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, le juge La Forest a expliqué que la raison d’être d’une norme plus stricte en droit criminel tient au fait que, en raison de leur expérience dans ce domaine, les tribunaux sont bien placés pour soupeser les intérêts de l’État par rapport à ceux des individus, rôle qu’ils ne peuvent jouer aussi bien sur le plan de la répartition des ressources<sup>40</sup>.

[29] I shall now proceed with an analysis of the first and second branch of the *Oakes* test.

III.I. First branch of the *Oakes* test: Are the objectives pressing and substantial enough to justify overriding a protected right?

[30] The Trial Judge accepted that the objectives of paragraph 51(e) of the Act were pressing and substantial. He approached the matter from a relatively high level of abstraction. He said:<sup>41</sup>

At this stage, attention must be focussed on the democratic ideals which Canada, as a free and democratic society, fosters. There may well be no unified western tradition of political theory, but it is clear from the evidence in this trial that civic and moral responsibility are key components of our liberal democratic traditions. In fact, the preamble to the Charter declares that Canada is founded upon principles that recognize “the rule of law”. The rule of law may be the subject of a number of interpretations, such as a call to law and order, or a legal ordering of social life: J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971), at pages 235-243. The ideals of the rule of law express the requirements of legal rules formulated in such a manner as to secure voluntary compliance with the standard of conduct which they set. Of course, while no legal system can expect that all of its laws will be known by the public, it is nevertheless important, as part of the shaping of the voluntary social order, for persons to know in advance what the consequences of their actions might be: E. Colvin, “Criminal Law and the Rule of Law” in *Crime, Justice & Codification* (Toronto: Carswell, 1986), at page 125.

Paragraph 51(e) of the CEA has a punitive aspect. There is little doubt that retribution is a concept that is not alien to criminal sanctions. Indeed, sentences are invariably partly punitive in nature. As stated by La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 329: “In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender.” See also *R. v. Goltz*, [1993] 3 S.C.R. 485, at page 503.

Accordingly, I find the objectives of paragraph 51(e) of the CEA to be pressing and substantial.

[31] In my view, the stringent formulation of the *Oakes* test applies to the justification of paragraph

[29] J’analyserai maintenant le premier et le deuxième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*.

III.I. Premier volet du critère énoncé dans *Oakes*: Les objectifs visés sont-ils suffisamment urgents et réels pour justifier la suppression d’un droit garanti?

[30] Le juge de première instance a reconnu que les objectifs visés par l’alinéa 51e) de la Loi étaient urgents et réels. Il a abordé l’affaire à partir d’un niveau relativement élevé d’abstraction. Voici ce qu’il a dit<sup>41</sup>:

À ce stade, il convient d’examiner avec attention les idéaux démocratiques que le Canada, comme société libre et démocratique, cherche à promouvoir. Il se peut que la théorie politique ne repose sur aucune tradition occidentale unifiée, mais il appert clairement de la preuve présentée en l’espèce que le sens du devoir civique et la responsabilité morale constituent des éléments clés de nos traditions démocratiques libérales. En fait, selon le préambule de la Charte, le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent «la primauté du droit». La primauté du droit peut se prêter à différentes interprétations, notamment la nécessité d’adopter des règles sur les questions d’intérêt public ou des règles régissant la vie en société: J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971), aux pages 235 à 243. Les idéaux sous-jacents à la primauté du droit traduisent la nécessité de formuler des règles de droit de façon à assurer le respect volontaire de la norme de conduite fixée par lesdites règles. Bien entendu, il serait vain de souhaiter que toutes les règles d’un système de droit donné soient connues du public, mais il est important, pour façonner l’ordre social volontaire, de faire en sorte que les personnes sachent à l’avance quelles pourraient être les conséquences de leurs actes: E. Colvin, «Criminal Law and The Rule of Law» dans *Crime, Justice & Codification* (Toronto: Carswell, 1986), à la page 125.

L’alinéa 51e) de la LEC comporte un aspect punitif. Le châtement est sans doute un concept qui n’est pas étranger aux sanctions imposées en matière pénale. Effectivement, les peines sont, dans tous les cas, de nature punitive, du moins en partie. Comme l’a dit le juge La Forest dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 329: «Dans un système rationnel de détermination des peines, l’importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant». Voir également l’arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, à la page 503.

En conséquence, je suis d’avis que les objectifs de l’alinéa 51e) de la LEC se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles.

[31] Selon moi, c’est la formulation stricte du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, plutôt que la version

51(e) rather than the less stringent one identified in *Andrews* and *Stoffman*. Like the provision in question in *Sauvé No. 1* and *Belczowski*, the new version of paragraph 51(e) involves the state interfering in the fundamental rights of a historically vulnerable group of people for a punitive purpose on behalf of society at large. It is a case where the state behaves as a “singular antagonist”. While paragraph 51(e) is not purely penal in character since it attaches civil consequences to incarceration by depriving a detainee of his right to vote, so as to enhance voting rights, such civil consequence involves many of the elements of punishment, and should be subject to the same justificatory standard. Certainly, the impugned legislation cannot be characterized as “administrative and regulatory” or as “social and economic” in nature, so as to trigger the application of the reduced threshold of justification identified by McIntyre J. in *Andrews*.

[32] The justifications advanced by the appellants with regard to the voting process are highly abstract. The testimony of the appellants’ experts only establishes that there might be some possible benefits from the legislation over the long term. They certainly did not establish that the legislation was curing any established problems or that its absence would result in any tangible harm.<sup>42</sup> While Parliament is certainly entitled to enact legislation with a view to realizing future benefits or preventing future harms, the benefits and harms must be reasonably established, in the present, before Parliament can rely upon them as its rationale for infringing constitutionally protected rights. While ensuring voluntary compliance with the law is an important goal in democracy, no evidence was presented to establish that the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and the other rules aimed at accomplishing that objective need to be supplemented by this legislation.

[33] In light of the abstract and uncertain benefits to be obtained from paragraph 51(e) of the Act, it is with some reservation that I accept the Trial Judge’s finding that the objectives presented by the impugned legislation were in answer to a pressing and substantial concern.

assouplie figurant dans les arrêts *Andrews* et *Stoffman*, qui sert à justifier l’alinéa 51e). Tout comme la disposition en cause dans les affaires *Sauvé n° 1* et *Belczowski*, la nouvelle version de l’alinéa 51e) fait en sorte que l’État restreint les droits fondamentaux d’un groupe de personnes historiquement vulnérables dans un but punitif, au nom de l’ensemble de la société. C’est un cas où l’État agit en qualité d’«adversaire singulier». L’alinéa 51e) n’est pas de nature purement pénale, car il rattache des conséquences civiles à l’incarcération en privant un détenu de son droit de vote, dans le but de rehausser le droit de vote, mais une telle conséquence civile comporte plusieurs des éléments d’un châtement et doit être assujettie au même critère de justification. La disposition législative contestée ne peut certainement pas être qualifiée de mesure de nature «administrative et réglementaire» ou «socio-économique» donnant lieu à l’application de la norme de justification moins stricte décrite par le juge McIntyre dans l’affaire *Andrews*.

[32] Les justifications proposées par les appelants concernant le processus électoral sont très abstraites. Le témoignage des experts des appelants établit uniquement que cette mesure législative pourrait générer des avantages éventuels à long terme. Ils n’ont certes pas établi que cette disposition remédiait à des problèmes existants, ni qu’un préjudice concret surviendrait en son absence<sup>42</sup>. Le Parlement peut bien sûr édicter des lois dans le but de générer des avantages futurs ou d’éviter des préjudices futurs, mais ces avantages et ces préjudices doivent être raisonnablement établis pour que le Parlement puisse les invoquer pour justifier une atteinte aux droits protégés par la Constitution. Bien qu’assurer le respect volontaire des lois constitue un objectif important dans une démocratie, aucune preuve n’a été présentée pour établir que cette mesure législative est nécessaire pour compléter le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et les autres règles de droit visant à réalisation de cet objectif.

[33] Compte tenu des avantages abstraits et incertains que pourrait engendrer l’alinéa 51e) de la Loi, c’est avec une certaine réserve que je retiens la conclusion du juge de première instance selon laquelle les objectifs avoués de la mesure législative contestée répondaient à un problème urgent et réel.

III.II. Second branch of the Oakes test: Are the means chosen reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society?

III.II.I. Part one: Rational connection

[34] The Trial Judge concluded that the objective of enhancing the criminal sanction was the real connecting factor between the means chosen and the goals pursued by the legislation. He was very clear on this when he wrote:<sup>43</sup>

While there is no empirical evidence to suggest that the disenfranchisement of prisoners reduces crime (either generally or specifically), or serves a morally educative function, or could operate as an effective punitive sanction, I find that a rational connection exists between the impugned provision and the stated objective of enhancing the criminal sanction. As an aid to punishment, the provision clearly imposes a sanction, and denounces bad conduct. In the present case, the sanction takes the form of a disenfranchisement, in addition to the loss of liberty. A fundamental democratic right has been removed for crimes committed, and its removal is clearly felt as a deprivation by Mr. Sauvé and Mr. Spence. It is also reasonable to conclude that a morally educative message is sent to offenders, and possibly to the general population, by the imposition of a sanction. Of course, the message may not be heard or understood, but that does not diminish the connection between the means and the second objective. [My emphasis.]

[35] The Trial Judge accepted the proposition that the disenfranchisement of prisoners sends a morally educative message to offenders and to the general public. But, he noted the absence of empirical evidence which would suggest that the disenfranchisement of prisoners actually serves a morally educative function. In his analysis on minimal impairment, he further elaborated on this and concluded:<sup>44</sup>

Clearly, corrections policy emphasizes the rehabilitation of the offender, and his reintegration into the community. While the defendants argue that disenfranchisement can contribute to rehabilitation, I prefer the plaintiffs' evidence which suggests that paragraph 51(e) of the CEA hinders the rehabilitation of offenders and their successful reintegration into the community. The provision only serves to further alienate prisoners from the community to which they must return, and in which their families live. Accordingly, the retributive effects of paragraph 51(e) are deleterious in that

III.II. Deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt Oakes: Les moyens choisis sont-ils raisonnables et peuvent-ils se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique?

III.II.I. Partie 1: Lien rationnel

[34] Le juge de première instance a conclu que l'objectif de faire ressortir la sanction pénale constituait le véritable lien entre les moyens choisis et les buts visés par la loi. Il l'a exprimé très clairement<sup>43</sup>:

Même s'il n'existe pas de données empiriques indiquant que l'inhabilité à voter des prisonniers abaisse le crime (que ce soit de façon générale ou spécifique), qu'elle joue un rôle éducatif ou qu'elle pourrait constituer une punition efficace, j'estime qu'il existe un lien rationnel entre la disposition attaquée et l'objectif avoué de mettre en relief la sanction pénale. Comme auxiliaire à la peine imposée, il est bien certain que la disposition impose une sanction et dénonce la mauvaise conduite. Dans la présente affaire, la sanction prend la forme de la perte du droit de vote en plus de la perte de la liberté. Un droit démocratique fondamental a été retiré par suite des crimes qui ont été commis et MM. Sauvé et Spence considèrent indéniablement la suppression de ce droit comme une privation. Il est également raisonnable de conclure que l'imposition d'une sanction transmet un message moralisateur aux contrevenants et peut-être même à l'ensemble de la population. Bien entendu, il se peut que le message ne soit ni entendu ni compris, mais cette possibilité n'atténue pas le lien entre le moyen et le second objectif. [Non souligné dans l'original.]

[35] Le juge de première instance a retenu l'hypothèse que l'inhabilité à voter des prisonniers transmet un message moralisateur aux contrevenants et au public en général. Il a toutefois noté l'absence de preuve empirique qui laisserait croire que l'inhabilité à voter des prisonniers joue effectivement un rôle éducatif. Dans son analyse de l'atteinte minimale, il a étoffé ses propos sur ce point et tiré la conclusion qui suit<sup>44</sup>:

De toute évidence, la politique correctionnelle met l'accent sur la réadaptation du contrevenant et sur sa réinsertion sociale. Même si les défendeurs soutiennent que le retrait du droit de vote peut favoriser la réadaptation, je retiens plutôt la preuve des demandeurs selon laquelle l'alinéa 51(e) de la LEC nuit à la réadaptation des contrevenants et leur réinsertion sociale. La disposition ne sert qu'à isoler davantage les prisonniers de la société dans laquelle ils doivent retourner et au sein de laquelle leurs familles vivent. En conséquence, les effets punitifs de l'alinéa 51(e) sont nuisibles, parce qu'ils



they are contrary to the purpose and principles contained in the CCRA. [My emphasis.]

[36] The absence of a rational connection between disenfranchisement and servicing the objectives of rehabilitation cannot be overlooked. The enhancement of the criminal law and the sending of a morally educative message are the only objectives rationally connected to the goals pursued by the legislation.

### III.II.II. Part two: Minimal impairment

[37] The Trial Judge was very conscious of the fact that this was the second time prisoners' voting rights had been debated before Parliament, and that Parliament is entitled to some margin of appreciation in the choice of measures aimed at the pursuit of legislative goals. What he did not accept in the impugned legislation was its automatic application. He said the following:<sup>45</sup>

The plaintiffs argue that paragraph 51(e) of the CEA fails the minimal impairment test because it is arbitrary in its application. It flows, it is contended, from the sentence rather than from the facts and circumstances which give rise to a particular criminal offence. It is further submitted that only two types of disqualification could survive the minimal impairment test: case-by-case disqualification at the time of sentencing, or a disqualification based on conviction for treason or high treason, as set out in sections 46-48 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46].

Similarly, the plaintiffs contend that the impugned provision fails the minimal impairment test because there are less intrusive means by which the government could attain its stated objectives. These include the denial of the right to vote at the discretion of the sentencing judge; the Lortie Commission's recommendation which targeted the most serious offences (those punishable by life imprisonment) and the most serious sentences (those punishable by ten years or more); an offence-oriented approach which would define the specific types of crimes which could be seen as bearing a rational connection to the franchise; and a law which allows for restoration of the right to vote as a result of good behaviour while in prison.

...

As I indicated above, the Lortie Commission recommended that disenfranchisement occur where an offender has been convicted of a crime for which he could potentially

vont à l'encontre de l'objet et des principes énoncés dans la LSCMLC. [Non souligné dans l'original.]

[36] On ne peut passer outre à l'absence de lien rationnel entre l'incapacité à voter et la mise en œuvre des objectifs de réadaptation. La mise en relief du droit criminel et la transmission d'un message moralisateur sont les seuls objectifs qui ont un lien rationnel avec les buts visés par la Loi.

### III.II.II. Partie 2: L'atteinte minimale

[37] Le juge de première instance était très conscient du fait que c'était la deuxième fois que le Parlement débattait de la question du droit de vote des prisonniers et que celui-ci a droit à une certaine marge de manœuvre quant au choix des mesures à prendre pour mettre en œuvre les objectifs législatifs. L'aspect de la loi contestée qu'il a rejeté est son application automatique. Il s'est exprimé dans les termes suivants<sup>45</sup>:

Les demandeurs soulignent que l'alinéa 51e) de la LEC ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale parce qu'il est arbitraire dans son application. Selon eux, la restriction découle de la peine imposée plutôt que des faits et des circonstances donnant lieu à un acte criminel donné. Les demandeurs ajoutent que seuls deux types d'exclusion pourraient satisfaire au critère de l'atteinte minimale: une exclusion cas par cas au moment de la détermination de la peine ou une exclusion des personnes reconnues coupables de trahison ou de haute trahison au sens des articles 46 à 48 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46].

Les demandeurs soutiennent aussi que la disposition attaquée ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale parce que le gouvernement dispose de moyens moins envahissants pour atteindre les objectifs qu'il vise. Ces moyens comprennent le pouvoir discrétionnaire du juge qui prononce la peine de retirer le droit de vote au contrevenant; l'application de la recommandation de la Commission Lortie, qui visait les infractions les plus graves (celles qui sont passibles d'une peine d'emprisonnement à perpétuité) et les peines les plus lourdes (soit les peines d'emprisonnement d'au moins dix ans); l'adoption d'une disposition axée sur l'infraction, qui définirait les types de crimes pouvant être perçus comme des infractions ayant un lien rationnel avec le droit de vote, et l'adoption d'une règle permettant le rétablissement du droit de vote par suite du bon comportement du détenu en prison.

[. . .]

Comme je l'ai mentionné précédemment, la Commission Lortie a recommandé que l'incapacité à voter soit décrétée à l'endroit du contrevenant qui a été reconnu coupable d'un

receive a punishment of life imprisonment, and for which he did receive a sentence of ten years or more in prison. It is clear that Parliament considered this recommendation and rejected it. Parliament also considered a five-year cutoff and a seven-year cutoff, and rejected both. Furthermore, Parliament considered the voting rights of prisoners in other democratic countries. Eventually, Parliament settled on a two-year cutoff for disqualification. According to the defendants, this limitation allows Parliament to ensure that only those who have committed serious crimes are denied the right to vote.

In this context, the statistics filed by Dr. Colin Meredith demonstrate that, of 654 inmates sampled, who represented 4.5% of the total federal inmate population, there was an average number of 29.5 convictions per inmate. Moreover, 75.3% of the inmates sampled had more than ten convictions during their criminal careers. The Meredith analysis did not find any statistically significant difference between Aboriginal and non-Aboriginal inmates. The statistics do verify that the federal inmate population consists of individuals with long histories of involvement in serious criminal activities. Thus, these statistics appear to support Parliament's choice for selecting two years as the cutoff for the disqualification of individual offenders who have exhibited bad criminal conduct.

Parliament must have some latitude to choose alternatives. It is for this reason that I reject the plaintiffs' argument regarding the other alternatives. There is one exception. In this respect, it must be recognized that a final option was available to Parliament: the disenfranchisement of each offender could be imposed on a case-by-case basis, by the sentencing judge. In this way, the disenfranchisement would not be automatic; rather, the right to vote would only be removed by a judge who, as part of the sentencing process, has determined that, in the personal circumstances of the accused, disenfranchisement should occur: *R. v. Goltz, supra.*

...

The defendants' experts have provided a number of thoughtful and compelling arguments supporting disenfranchisement. If Parliament decides to pass another law, there is no reason why these arguments could not inform the criteria that could be selected. A sentencing judge could take into account the nature of the crime and the personal circumstances of the accused in conjunction with the principles of sentencing: *R. v. Goltz, supra.* This process would, in my opinion, be a significantly less intrusive, and equally effective means of infringing a citizen's democratic right to vote. If a judge is entrusted

crime pour lequel il est passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité et pour lequel il a été condamné à une peine d'incarcération d'au moins dix ans. De toute évidence, le Parlement a étudié cette recommandation et l'a rejetée. Il a également envisagé la possibilité d'adopter une période d'exclusion de cinq ans ou de sept ans et a rejeté les deux options. De plus, le Parlement a examiné les droits de vote que possèdent les prisonniers dans d'autres pays démocratiques. Il en est finalement arrivé à une période d'exclusion de deux ans à l'égard de l'incapacité à voter. Selon les défendeurs, cette restriction permet au Parlement de s'assurer que le droit de vote est retiré seulement aux personnes ayant commis des crimes graves.

Dans ce contexte, les statistiques déposées par M. Colin Meredith démontrent que, pour les 654 détenus échantillonnés, qui représentaient 4,5 % de la population carcérale totale des établissements fédéraux, environ 29,5 condamnations avaient été prononcées en moyenne par détenu. De plus, 75,3 % des détenus échantillonnés avaient accumulé plus de dix condamnations par suite de leurs activités criminelles. Dans le cadre de cette analyse, aucune différence importante sur le plan statistique n'a été décelée entre les détenus autochtones et les autres détenus. Les statistiques confirment que la population carcérale fédérale se compose d'individus ayant un lourd passé criminel. Ces statistiques semblent donc donner raison au Parlement d'avoir choisi une période de deux ans comme période d'exclusion pour le retrait du droit de vote aux contrevenants qui se sont rendus coupables d'actes criminels.

Le Parlement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des solutions qui s'offrent à lui. C'est pour cette raison que je rejette l'argument des demandeurs au sujet des autres solutions de rechange. Il existe cependant une exception. En effet, il faut reconnaître que le Parlement disposait d'une dernière option selon laquelle le droit de vote pourrait être retiré à chaque détenu, au gré du juge appelé à prononcer la peine. De cette façon, l'incapacité ne serait pas automatique, mais serait plutôt imposée par un juge qui aurait estimé à propos de suspendre le droit de vote du contrevenant dans le cadre de la détermination de la peine, compte tenu des circonstances personnelles de l'accusé: *R. c. Goltz, précité.*

[. . .]

Les témoins experts des défendeurs ont présenté un certain nombre d'arguments sérieux et convaincants à l'appui de l'incapacité à voter. Si le Parlement décide d'adopter une autre loi, il n'y a aucune raison pour laquelle ces arguments ne pourraient former les critères qui seraient retenus. Le juge qui prononce la peine pourrait tenir compte de la nature du crime et des circonstances personnelles de l'accusé en même temps que des principes sous-jacents à la détermination de la peine: arrêt *R. c. Goltz, précité.* À mon avis, il s'agirait là d'un moyen beaucoup moins envahissant et tout aussi efficace de restreindre le droit de vote du citoyen.

with the responsibility of taking away a person's liberty, should he or she not also be charged with the responsibility of determining if disenfranchisement is warranted?

Indecency exists in society generally, and is not only found in correctional institutions. The law as it now stands cannot distinguish the type of offender whose indecency is so profound as to threaten the principles of our free and democratic society. As such, I find that paragraph 51(e) of the CEA fails the minimal impairment component of the *Oakes* test. [My emphasis.]

[38] For the same reasons, I believe the legislation in question fails the minimal impairment test.

[39] It is simply not tailored to the goals pursued by the legislation. This impugned legislation remains a general form of ostracism—or banishment even with a marker of two years or more in prison. To meet the legislative goals, the loss of one's voting right would be more appropriate if it were gauged on a case-by-case basis. The sentencing judge would be better suited to pronounce disenfranchisement as a further punishment since he would be in a better situation to identify those unfit as democratic voters and deserving of such an additional punishment. Hence, the sentencing judge would deliver Parliament's message in cases where it would be pertinent to do so. Automatic disenfranchisement is excessive in character. Admittedly, the sentencing judge might apply the sanction sparingly, but the process would be less arbitrary and more significant. While the impugned legislation is narrower in scope than the one in *Sauvé No. 1*, and admitting that Parliament must have a choice of reasonable alternatives, the Trial Judge felt those alternatives were not acceptable if there existed one way in which the objectives of the impugned provision could truly be served without casting the net too wide. In my view, he correctly applied the minimum impairment test whether encapsulated under the words "as little as possible", "no more than is necessary", "no more than is reasonably necessary", or "as little as reasonably possible",<sup>46</sup> since I hold that these various expressions amount to the same test. He said, and I repeat.<sup>47</sup>

Si le juge est investi de la responsabilité de priver une personne de sa liberté, ne devrait-il pas également avoir pour tâche de déterminer si l'inhabilité à voter est justifiée?

La malhonnêteté existe dans l'ensemble de la société, et non seulement dans les établissements correctionnels. La disposition législative actuelle ne permet pas de distinguer le type de contrevenant dont la malhonnêteté est grave au point de menacer les principes de notre société libre et démocratique. C'est pourquoi je suis d'avis que l'alinéa 51e) de la LEC ne satisfait pas au critère de l'arrêt *Oakes* en ce qui a trait à l'élément de l'atteinte minimale. [Non souligné dans l'original.]

[38] Pour les mêmes motifs, je crois que la mesure législative en cause ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale.

[39] Elle n'est tout simplement pas adaptée aux buts qu'elle vise. La mesure législative contestée demeure une forme générale d'ostracisme—ou de bannissement, même avec le critère de deux ans ou plus d'emprisonnement. Le retrait du droit de vote favoriserait davantage la réalisation des buts visés par cette disposition s'il était envisagé dans chaque cas individuellement. Le juge qui impose la peine serait mieux placé pour prononcer l'inhabilité à voter comme châtement supplémentaire car il serait davantage en mesure de repérer les personnes qui ne sont pas aptes à exercer démocratiquement leur droit de vote et qui méritent pareil châtement supplémentaire. Par conséquent, le juge chargé d'infliger la peine transmettrait le message du Parlement dans les cas où cela s'avérerait pertinent. La suspension automatique du droit de vote est excessive par nature. Certes, il se pourrait que le juge qui prononce la sentence n'applique pas facilement cette sanction, mais ce processus serait moins arbitraire et plus significatif. Bien que la portée de la disposition contestée soit plus étroite que celle de la mesure en cause dans l'affaire *Sauvé n° 1*, et en tenant pour acquis que le Parlement doit pouvoir faire un choix entre les solutions raisonnables, le juge de première instance a estimé que ces solutions n'étaient pas acceptables s'il existait un moyen de favoriser effectivement la réalisation des objectifs de la loi contestée sans prendre une mesure d'une portée trop grande. J'estime qu'il a bien appliqué le critère de l'atteinte minimale, qu'il soit formulé en utilisant les mots «le moins possible», «ne dépasse pas ce qui est nécessaire», «aussi peu que cela est raisonnablement

The law as it now stands cannot distinguish the type of offender whose indecency is so profound as to threaten the principles of our free and democratic society.

[40] In my view, the Trial Judge was right in concluding as he did. The Trial Judge's preoccupation on minimum impairment mirrors the concern identified in general terms by the Supreme Court of Canada in the earlier legislation contemplated in *Sauvé No. 1*. The minimum impairment test has been developed by the case law precisely to meet situations of this type. This is not a situation where the courts are substituting their views for that of Parliament. It is a case where the Charter plays a role in framing the legislation.

### III.II.III. Part three: Proportionality

[41] The proportionality component of the *Oakes* test requires an examination and a balancing of the deleterious and salutary effects of the legislation under review. In a situation like the present one where the impugned provision does not come close to fully achieving its objectives, there must be proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for infringing the Charter right and the objectives of the legislation, and there must be proportionality between the deleterious and salutary effects of those measures.<sup>48</sup>

[42] The Trial Judge found no evidence that the legislation in question actually produces any salutary effects. The Crown had been unable to adduce any evidence of tangible harm flowing from prisoner voting. Most of the evidence offered by the appellants to support the impugned legislation amounts to an educated guess rather than the clear demonstration required by section 1 of the Charter.

possible» ou «pas plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire»<sup>46</sup>, car je crois que ces différentes expressions renvoient au même critère. Il a dit, et je le répète<sup>47</sup>:

La disposition législative actuelle ne permet pas de distinguer le type de contrevenant dont la malhonnêteté est grave au point de menacer les principes de notre société libre et démocratique.

[40] À mon avis, le juge de première instance a eu raison de tirer la conclusion à laquelle il est parvenu. Sa préoccupation concernant l'atteinte minimale fait écho au problème posé par la législation antérieure en cause dans l'affaire *Sauvé n° 1* et décrit en termes généraux par la Cour suprême du Canada. Le critère de l'atteinte minimale a été élaboré par la jurisprudence précisément pour régler les situations de ce type. Ce n'est pas un cas où les tribunaux substituent leurs opinions à celles du législateur. C'est un cas où la Charte joue un rôle dans l'élaboration de la loi.

### III.II.III. Partie 3: La proportionnalité

[41] L'élément de la proportionnalité du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* commande un examen et un équilibre des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de la mesure législative en cause. Dans un cas comme celui soumis à la Cour en l'espèce, où la disposition contestée est loin d'atteindre pleinement les objectifs visés, il faut qu'il y ait, d'une part, proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures qui portent atteinte au droit garanti par la Charte et les objectifs de la loi et, d'autre part, proportionnalité entre les effets préjudiciables de ces mesures et leurs effets bénéfiques<sup>48</sup>.

[42] Le juge de première instance n'a trouvé aucune preuve établissant que la mesure législative en cause produit effectivement des effets bénéfiques. La Couronne n'a été en mesure de produire aucune preuve d'un préjudice concret qui découlerait du droit de vote des prisonniers. La plus grande partie de la preuve offerte par les appelants à l'appui de la mesure législative contestée se résume à une conjecture raisonnée plutôt qu'à une démonstration claire exigée par l'article premier de la Charte.

[43] For instance, Dr. Ernest Van den Haag, a criminologist who testified for the Crown, said the following in re-examination:<sup>49</sup>

Q. Doctor, my friend, Mr. Peltz, who examined you earlier, in his cross-examination, he suggested to you that this law had a symbolic effect and you said yes, it did. Is it your view that this law has a solely symbolic effect?

A. No, sir, it does not have a solely . . . it is conceivable, it seems to me, for instance, that prisoners in prison for violating a particular law might, by voting against the punishment that law imposes, serve their own interests without serving the interests of the population as a whole. So in this sense, it could have possibly a material effect. Also let me clarify, by symbolic, I don't mean unimportant. I mean quite on the contrary, that, as I pointed out before, it squarely says in effect about prisoners who have seriously violated the law that they are, temporarily at least, excluded from the community, prevented from participating in its affairs, and that makes a moral point as forcefully as it can be made.

[44] The example given by the witness about prisoners who, if permitted to vote on a penal statute, might put their interest first and not the public good, says nothing about other voters who, for instance, on issues such as free trade or the delivery of medical services (hospital reorganization), might do the same. Moreover, Dr. Van den Haag's example was, as he stated himself, a possible effect of the legislation, not a proven one.

[45] Professor Christopher P. Manfredi, who also testified for the Crown, wrote the following in his report:<sup>50</sup>

The inmate voting disqualification, which denies the right to vote to individuals who have manifestly demonstrated their lack of good citizenship, can thus be understood as one means by which a liberal democratic political regime reinforces the notion that voting is, indeed, a mark of good citizenship. In this way, the disqualification contributes to the cultivation of the sense of duty that mitigates the natural incentive of individuals not to vote. The inmate disqualification thus provides an important collective benefit by altering the individual cost-benefit calculation that makes voting irrational and threatens the viability of liberal democracy.

[46] In his oral testimony, Professor Manfredi could not identify any immediate, tangible harm which

[43] Par exemple, M. Ernest Van den Haag, un criminologue qui a témoigné pour la Couronne, a affirmé ce qui suit lors de son réinterrogatoire<sup>49</sup>:

[TRADUCTION] Q. Monsieur, mon collègue, M<sup>e</sup> Peltz, qui vous a interrogé plus tôt, dans son contre-interrogatoire, vous a laissé entendre que cette loi avait un effet symbolique et vous lui avez dit que oui, elle en avait un. Selon vous, cette loi a-t-elle un effet seulement symbolique?

R. Non, monsieur, elle n'a pas un effet seulement [. . .] il est concevable, il me semble, par exemple, que les prisonniers incarcérés pour avoir enfreint une loi particulière puissent, en votant contre le châtement qu'impose la loi, servir leurs propres intérêts plutôt que les intérêts de l'ensemble de la population. Alors, dans ce sens, elle pourrait avoir éventuellement un effet concret. Permettez-moi de préciser aussi que, comme je l'ai déjà souligné, elle dit carrément au sujet des prisonniers qui ont enfreint gravement la loi qu'ils sont, temporairement du moins, exclus de la collectivité, empêchés de participer à ses affaires, et elle fait ainsi valoir une opinion morale aussi énergiquement que possible.

[44] L'exemple donné par le témoin concernant les prisonniers qui, si on leur permet de voter relativement à une loi pénale, risquent de placer au premier plan leurs intérêts plutôt que le bien public, ne dit rien des autres votants qui pourrait faire de même, par exemple, sur des questions de libre échange ou sur la prestation des services médicaux (la réorganisation des hôpitaux). De plus, l'exemple donné par M. Van den Haag est, comme il le dit lui-même, un effet possible et non un effet prouvé de la loi.

[45] Le professeur Christopher P. Manfredi, qui a également témoigné pour la Couronne, a écrit ce qui suit dans son rapport<sup>50</sup>:

[TRADUCTION] L'inhabilité à voter des prisonniers, qui prive du droit de vote les personnes qui ont manifestement démontré leur manque de civisme, peut ainsi être perçue comme un moyen par lequel un régime politique démocratique libéral renforce la notion que le vote est, en fait, un attribut des bons citoyens. De cette façon, l'inhabilité à voter contribue à inculquer le sens du devoir qui atténue le penchant naturel des personnes à ne pas voter. L'inhabilité à voter des prisonniers produit ainsi un avantage collectif important en modifiant l'évaluation individuelle des avantages et des inconvénients, qui rend le vote irrationnel et qui menace la viabilité de la démocratie libérale.

[46] Dans son témoignage de vive voix, le professeur Manfredi n'a pas été en mesure d'identifier un

Parliament was preventing by means of the impugned provision. He spoke of long-term societal effects. Dr. Manfredi described the “key harm”, which Parliament was preventing, as a “gradual erosion of the link between political participation and civic responsibility”.<sup>51</sup> He said these phenomena could be measured, but admitted that he knew of no evidence to support his claim that harm exists.<sup>52</sup> He conceded he had no evidence of negative effects<sup>53</sup> despite the fact that prisoners do vote fully in some provincial elections and in a number of other countries. His assertions remained theoretical.

[47] Professor Jean Hampton, a philosopher, summarized well the retributive aspect of the legislation when she stated:<sup>54</sup>

Suspending a criminal’s right to vote is a way for the community that is hurt by a significant crime, such as a murder or a rape or a crime of battery, to say to the criminal. . . .

. . . you have betrayed us, and you have flouted the values that make this society possible; hence, we deprive you of your right to participate in elections, that you may reflect on how a commitment to these values is what makes a democratic society, and the elective process itself, possible.

Making this communication to the criminal is part of the community’s retributive response to his actions: it is a way for them to vindicate the moral importance of their community, and of the values which they take to be vital to the community’s functioning.

[48] But, when it came to establish the benefit of this legislation, she stated:<sup>55</sup>

Those who would challenge 51(e) might regard it as kind of mean-minded response to criminals, that can only hurt them, and can do them no good. That perspective misses the way in which effective punishment holds out the hope of morally educating the criminal and the larger society. This law strikes me as potentially highly effective as an educative response. [My emphasis.]

[49] The benefit, being “potentially highly effective”, remains an educated guess.

préjudice immédiat, concret, que le Parlement voulait éviter en adoptant la disposition législative contestée. Il a parlé des effets à long terme pour la société. M. Manfredi a décrit le [TRADUCTION] «préjudice clé» que le Parlement voulait éviter, comme [TRADUCTION] «l’érosion graduelle du lien entre la participation politique et la responsabilité du citoyen»<sup>51</sup>. Il a affirmé que ces phénomènes pouvaient se mesurer, mais il a avoué ne connaître aucun élément de preuve qui appuierait l’existence de ce préjudice<sup>52</sup>. Il a admis ne posséder aucune preuve des effets négatifs<sup>53</sup> malgré le fait que les prisonniers exercent pleinement leur droit de vote à certaines élections provinciales et dans plusieurs autres pays. Ses affirmations demeurent théoriques.

[47] Le professeur Jean Hampton, philosophe, a bien résumé l’aspect punitif de cette mesure législative lorsqu’elle a déclaré<sup>54</sup>:

[TRADUCTION] Suspendre le droit de vote d’un prisonnier est une façon pour la collectivité lésée par la perpétration d’un crime d’importance, comme un meurtre, un viol ou des voies de fait, de dire au criminel [. . .]

[. . .] vous nous avez trahi, et vous avez bafoué les valeurs qui rendent notre société possible; par conséquent, nous vous retirons votre droit de participer aux élections, pour que vous puissiez réfléchir sur la façon dont l’adhésion à ces valeurs rend une société démocratique, et le processus électoral, possibles.

La communication de ce message au criminel fait partie de la réaction punitive de la collectivité face à ses actes: c’est une façon pour elle de faire valoir l’importance morale de la collectivité, et des valeurs qu’elle juge essentielles à son fonctionnement.

[48] Néanmoins, lorsque vient le temps d’établir les avantages de la Loi, elle affirme<sup>55</sup>:

[TRADUCTION] Les personnes qui contesteraient l’alinéa 51e) pourraient le considérer comme une sorte de réaction mesquine aux criminels, qui ne peut que les blesser, et qui ne peut leur faire aucun bien. Ce point de vue ne tient pas compte de la façon dont le châtiment efficace porte l’espoir d’édifier le criminel et la société en général. Cette loi me paraît susceptible d’être très efficace à titre de réaction éducatrice. [Non souligné dans l’original.]

[49] L’avantage qui réside dans le fait qu’une mesure est «susceptible d’être très efficace» demeure une simple conjecture raisonnée.

[50] On the whole, the statements made by the appellants' witnesses are not the kind of evidence to support a section 1 analysis. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,<sup>56</sup> McLachlin J. described the section 1 analysis in the following terms:

The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament's choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word "reasonable" of rational inference from evidence or established truths. [Emphasis in original.]

[51] There was no real demonstration in the case at bar. The Trial Judge concluded, rightly in my view, that:<sup>57</sup>

. . . the salutary effects upon which the defendants rely are tenuous in the face of the denial of the democratic right to vote, and are insufficient to meet the civil standard . . . .

[52] Parliament, when it voted on paragraph 51(e) of the Act, had before it the research paper of P. Landreville and L. Lemonde's of the Lortie Commission.<sup>58</sup> It chose not to follow the recommendations of these authors. What these authors said, however, expresses well the values embodied in the Charter. The following is worth reading:<sup>59</sup>

Refusing to grant the right to vote to inmates must be seen as a remnant of the exclusion practices of the past.

On the one hand, these practices involved excluding criminals from society through banishment, deportation, loss of citizenship or civil death. When criminals were excluded, they lost their rights. On the other hand, universal suffrage has progressed very gradually, even in the most democratic countries. For a long time, the right to vote was restricted to specific groups of citizens. The poor, the illiterate, Blacks, Aboriginal people and women were all excluded from the democratic process. People who were convicted or incarcerated were excluded both from society and from the right to vote.

The modern trend is toward equality of rights and participation in political life by everyone, even the members of unpopular or marginal groups. Canada may be seen as one of the front runners among democratic countries when it comes to legal and political equality. As we have seen earlier, Canadian courts and correctional policies recognize

[50] Dans l'ensemble, les affirmations faites par les témoins des appelants ne constituent pas le type de preuve qui appuie une analyse effectuée sous le régime de l'article premier. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>56</sup>, le juge McLachlin a décrit l'analyse effectuée sous le régime de l'article premier dans les termes suivants:

Il ne s'agit pas de procéder par simple intuition, ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Il s'agit d'un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme «raisonnable» selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis. [Souligné dans l'original.]

[51] Il n'y a pas eu de véritable démonstration en l'espèce. Le juge de première instance a conclu à bon droit, à mon avis:<sup>57</sup>

[. . .] les effets bénéfiques que les défendeurs invoquent sont bien minces par rapport au retrait du droit de vote, qui est un droit démocratique, et sont insuffisants pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile.

[52] Lorsqu'il a voté relativement à l'alinéa 51e) de la Loi, le Parlement avait entre les mains l'étude préparée par P. Landreville et L. Lemonde de la Commission Lortie<sup>58</sup>. Il a décidé de ne pas suivre les recommandations de ces auteurs. Leurs propos expriment toutefois bien les valeurs intégrées dans la Charte. L'extrait suivant mérite d'être lu:<sup>59</sup>

Le refus d'accorder le droit de vote aux personnes incarcérées doit être vu comme un relent des pratiques d'exclusion du passé.

D'une part, il s'agit de l'exclusion du criminel de la société sous forme de bannissement, de déportation, de la perte de la citoyenneté ou de la mort civile. Le criminel était exclu, il perdait ses droits. D'autre part, le suffrage universel s'est implanté très progressivement, même dans les pays les plus démocratiques. Le droit de vote a été réservé pendant longtemps à certains groupes de citoyens. Les pauvres, les illettrés, les Noirs, les autochtones et les femmes étaient exclus du processus démocratique. Les personnes condamnées ou incarcérées subissaient cette double exclusion.

La tendance moderne favorise cependant l'égalité des droits, la participation de tous à la vie politique, même des membres des groupes impopulaires ou marginaux. Le Canada peut être vu comme un des pays démocratiques du peloton de tête en ce qui concerne l'accès à l'égalité juridique et politique. Comme nous l'avons vu, les tribunaux

that inmates retain all of their civil rights other than those expressly denied them by law. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* spells out the equality of rights for all Canadians, including the right to vote. Exclusions are becoming less and less acceptable, and we believe that there ought to be no exceptions to the right to vote and that the *Canada Elections Act* should be revised to grant the right to vote to all prison inmates. [My emphasis.]

[53] What this case decides today is whether this last remnant of exclusionary practices can resist the Charter. In my view, the impugned legislation cannot and is therefore invalid.

#### IV. Conclusion on the appeal

[54] I would dismiss this appeal with costs.

#### B. The cross-appeal

[55] I agree with my colleague Linden J.A. that section 15 of the Charter is not infringed and that the cross-appeal should be dismissed with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LINDEN J.A.:

#### I. Introduction

[56] This case is another episode in the continuing dialogue between courts and legislatures on the issue of prisoner voting.<sup>60</sup> In 1992 and 1993, two appeal courts and the Supreme Court of Canada held that a blanket disqualification of prisoners from voting, contained in earlier legislation which was challenged, violated section 3 of the Charter and could not be saved by section 1 of the Charter.<sup>61</sup> Parliament responded to this judicial advice by enacting legislation aimed at accomplishing part of its objectives while complying with the Charter. That legislation, which is being challenged in this case, disqualifies from voting only prisoners who are serving sentences of two years or more.

canadiens et les politiques correctionnelles reconnaissent que les personnes incarcérées conservent tous leurs droits civils autres que ceux dont elles ont été privées expressément par la loi. Par ailleurs, la *Charte canadienne des droits et libertés* concrétise l'égalité des droits pour tous les citoyens, dont le droit de vote. Les exclusions sont de moins en moins acceptables et nous croyons qu'il ne devrait pas y avoir d'exceptions quant au droit de vote et que la *Loi électorale du Canada* devrait être révisée pour accorder à toutes les personnes incarcérées le droit de vote. [Non souligné dans l'original.]

[53] La présente instance a pour but de trancher la question de savoir si le dernier vestige des pratiques d'exclusion peut résister à l'application de la Charte. Je suis d'avis que la disposition contestée n'y résiste pas et qu'elle est donc invalide.

#### IV. Conclusion quant à l'appel

[54] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

#### B. L'appel incident

[55] Je suis d'accord avec mon collègue, le juge Linden, J.C.A., pour dire qu'il n'y a pas de contravention à l'article 15 de la Charte et que l'appel incident doit être rejeté avec dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par*

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

#### I. Introduction

[56] L'instance représente un nouvel épisode du dialogue incessant entre les tribunaux et les législatures sur la question du vote des prisonniers<sup>60</sup>. En 1992 et 1993, deux tribunaux d'appel et la Cour suprême du Canada ont statué que l'incapacité générale des prisonniers à voter, prévue par l'ancienne loi alors contestée, contrevenait à l'article 3 de la Charte et ne pouvait être validée par l'article premier de la Charte<sup>61</sup>. Le Parlement a réagi à cette opinion judiciaire en édictant des dispositions législatives visant à réaliser en partie ses objectifs, tout en respectant la Charte. Ces dispositions, qui sont contestées en l'espèce, ne privent du droit de vote que les prisonniers qui purgent une peine de deux ans ou plus.



[57] The main issue in this appeal is whether paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* (the CEA or the Act) can be saved by section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter). More particularly, the issue in this appeal is whether a provision which prohibits “every person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more” from voting meets the minimal impairment and proportionality tests mandated by section 1 of the Charter. In thoughtful and lengthy reasons, the Trial Judge found that it did not.<sup>62</sup> For the reasons which follow, I believe that it does.

[58] The respondents in this case also argue that subsection 15(1) of the Charter is infringed by this provision. I am however, of the view that subsection 15(1) of the Charter is not infringed by this legislation.

[59] The respondent, Sauvé, was, among other people, involved in the shooting death of Bill Matiyek on October 18, 1978. Mr. Sauvé, at the time a member of the Satan’s Choice Motorcycle Club, was convicted of first degree murder and sentenced to 25 years’ incarceration. Mr. Sauvé filed a statement of claim on September 24, 1993, seeking a declaration that paragraph 51(e) of the CEA is contrary to sections 3 and 15 of the Charter. Mr. Sauvé was released on parole in May, 1994. The respondents McCorrister *et al.*, inmates at the Stony Mountain Institution in Manitoba, filed a statement of claim in May, 1994, seeking the same relief as the respondent Sauvé. Three of the McCorrister respondents, Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, and Aaron Spence, are members of the Native Brotherhood Organization, a group which represents Aboriginal inmates at the Stony Mountain Institution. The two actions were joined and heard together by the Trial Judge in June 1995. On December 27, 1995, the Trial Judge gave judgment, striking down paragraph 51(e) of the CEA, holding that the (conceded) violation of section 3 of the Charter could not be saved by section 1 of the Charter. The Crown now appeals from that judgment.

[57] La principale question qui doit être tranchée dans le cadre de l’appel est celle de savoir si l’alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* (la LEC ou la Loi) peut être validé par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Il faut décider, plus particulièrement, si une disposition qui retire le droit de vote à «toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus» satisfait aux critères de l’atteinte minimale et de la proportionnalité qui doivent être appliqués en vertu de l’article premier de la Charte. Dans des motifs étoffés et réfléchis, le juge de première instance a conclu qu’elle n’y satisfaisait pas<sup>62</sup>. Pour les motifs qui suivent, je crois pour ma part qu’elle y satisfait.

[58] Les intimés soutiennent en outre que cette disposition est contraire au paragraphe 15(1) de la Charte. Je suis toutefois d’avis que cette disposition législative ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de la Charte.

[59] L’intimé Sauvé a contribué, avec d’autres personnes, au décès par balle de Bill Matiyek, survenu le 18 octobre 1978. M. Sauvé, qui appartenait alors au groupe de motards Satan’s Choice, a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et condamné à une peine d’emprisonnement de 25 ans. M. Sauvé a déposé une déclaration le 24 septembre 1993, dans le but d’obtenir un jugement déclaratoire portant que l’alinéa 51e) de la LEC est contraire aux articles 3 et 15 de la Charte. M. Sauvé a été mis en liberté conditionnelle en mai 1994. Les intimés McCorrister *et al.*, détenus à l’établissement de Stony Mountain, au Manitoba, ont déposé une déclaration en mai 1994, dans le but d’obtenir le même redressement que l’intimé Sauvé. Trois des intimés McCorrister, Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek et Aaron Spence, sont membres de la Fraternité des Autochtones, un groupe qui représente les détenus autochtones de l’établissement de Stony Mountain. Les deux actions ont été réunies et entendues simultanément par le juge de première instance en juin 1995. Le 27 décembre 1995, le juge de première instance a prononcé un jugement annulant l’alinéa 51e) de la LEC, parce que la contravention (admise) à l’article 3 de la

[60] Whether paragraph 51(e) of the Act is good penal policy or good public policy is not at issue in this appeal. It is not the role of this Court to decide what works with regard to penal policy and what does not. It is not the role of this Court to determine what theories of penology should be adopted by our elected legislatures. This case is about what, if anything, Parliament may or may not do to interfere with prisoner voting rights within the bounds of section 1 of the Charter. At issue is whether the statutory prohibition is sufficiently tailored and appropriately proportional, or whether Parliament must try again to fashion a still narrower bar, adopt a different approach, or abandon the objective altogether. The matter is both important and complex, with no easy answer readily apparent.

## II. Crown concession and relevant legislative provisions

[61] The Crown conceded before this Court that paragraph 51(e) of the CEA violates section 3 of the Charter, but argues that the provision is saved by section 1 of the Charter.

[62] The relevant statutory provisions are paragraph 51(e) of the CEA, section 3 of the Charter, and section 1 of the Charter. Paragraph 51(e) of the CEA reads as follows:

**51.** The following persons are not qualified to vote at an election and shall not vote at an election:

...

(e) every person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more.

Section 3 of the Charter specifies:

**3.** Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

Charte ne pouvait être validée par l'article premier de la Charte. La Couronne interjette maintenant appel de ce jugement.

[60] L'appel ne porte pas sur la question de savoir si l'alinéa 51e) constitue une politique pénale ou gouvernementale valable. Il n'appartient pas à la Cour de décider ce qui convient ou non sur le plan de la politique pénale. Il n'est pas de son ressort de déterminer quelles théories de la science pénale devraient être retenues par nos législatures élues. L'instance porte sur les mesures attentatoires au droit de vote des prisonniers que le Parlement est autorisé ou non à prendre, le cas échéant, en regard de l'article premier de la Charte. La question à trancher est celle de savoir si l'interdiction légale est suffisamment adaptée et bien proportionnée à son objectif, ou si le Parlement doit tenter d'édicter une autre interdiction de portée plus restreinte, adopter une approche différente ou renoncer carrément à son objectif. Il n'existe pas de réponse simple à cette question à la fois importante et complexe.

## II. Le fait admis par la Couronne et les dispositions législatives pertinentes

[61] La Couronne a admis devant la Cour que l'alinéa 51e) de la LEC contrevient à l'article 3 de la Charte, mais elle soutient que cette disposition est validée par l'article premier de la Charte.

[62] Les dispositions législatives pertinentes sont l'alinéa 51e) de la LEC, l'article 3 de la Charte et l'article premier de la Charte. Voici l'alinéa 51e) de la LEC:

**51.** Les individus suivants sont inhabiles à voter à une élection et ne peuvent voter à une élection:

[ . . . ]

e) toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus.

L'article 3 de la Charte dispose:

**3.** Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Section 1 of the Charter provides that:

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.

### III. A brief history of prisoner disenfranchisement in pre-Charter Canada

[63] Prisoner disenfranchisement can be traced back to the notion of “civil death”, by which one consequence of being convicted of a felony was the loss of all civil rights. One of the earliest written records of civil death occurs in the law of Edward III, *De Catallis Felonum*.<sup>63</sup> This statute laid down the doctrine of forfeiture and stated that an outlaw forfeited not only his personal property but every possible right and means of acquiring property.

[64] The *Constitutional Act, 1791*,<sup>64</sup> which established Upper and Lower Canada, specifically provided for prisoner disenfranchisement. It stated, in part, that “no Person shall be capable of voting at any Election of a Member to serve in such Assembly, in either of the said provinces . . . who shall have been attained for Treason or Felony in any Court of Law within any of His Majesty’s Dominions”.<sup>65</sup> Subsequently, section 41 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] preserved the *status quo* and authorized Parliament to establish the qualifications for membership in the House of Commons and for voting. That section reads as follows:

41. Until the Parliament of Canada otherwise provides, all Laws in force in the several Provinces at the Union relative to the following Matters or any of them, namely,—the Qualifications and Disqualifications of Persons to be elected or to sit or vote as Members of the House of Assembly or Legislative Assembly in the several Provinces, the Voters at Elections of such Members, the Oaths to be taken by Voters, the Returning Officers, their Powers and Duties, the Proceedings at Elections, the Periods during which Elections may be continued, the Trial of controverted Elections, and Proceedings incident thereto, the vacating of Seats of

L’article premier de la Charte prévoit:

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.

### III. Bref historique de l’inhabilité à voter des prisonniers au Canada avant l’entrée en vigueur de la Charte

[63] L’inhabilité à voter des prisonniers remonte à la notion de «mort civile», selon laquelle l’une des conséquences d’une déclaration de culpabilité de félonie était la perte de tous les droits civiques. L’un des plus anciens textes témoignant de la mort civile est la loi d’Édouard III intitulée *De Catallis Felonum*.<sup>63</sup> Cette loi établissait la doctrine de la déchéance et précisait qu’un hors-la-loi était déchu non seulement de ses biens meubles, mais de tous ses droits et moyens d’acquies des biens.

[64] L’*Acte constitutionnel de 1791*<sup>64</sup>, qui établissait le Haut et le Bas Canada, déclarait expressément les prisonniers inhabiles à voter. Il prévoyait notamment que «personne ne pourra voter à aucune élection d’un membre qui doit servir dans telle Assemblée dans l’une ou l’autre des dites Provinces [. . .] qui aura été atteint de trahison ou de félonie dans aucune cour de Loi d’aucun des Territoires de sa Majesté.»<sup>65</sup> Par la suite, l’article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] a maintenu le statu quo et autorisé le Parlement à fixer les qualités requises pour être éligible à la Chambre des communes et pour voter. Voici le texte de cette disposition:

41. Jusqu’à ce que le parlement du Canada en ordonne autrement,—toutes les lois en force dans les diverses provinces, à l’époque de l’union, concernant les questions suivantes ou aucune d’elles, savoir:—l’éligibilité ou l’inéligibilité des candidats ou des membres de la chambre d’assemblée ou assemblée législative dans les diverses provinces,—les votants aux élections de ces membres,—les serments exigés des votants,—les officiers-rapporteurs, leurs pouvoirs et leurs devoirs,—le mode de procéder aux élections,—le temps que celles-ci peuvent durer,—la décision des élections contestées et les procédures y

Members, and the Execution of new Writs in case of Seats vacated otherwise than by Dissolution,—shall respectively apply to Elections of Members to serve in the House of Commons for the same several Provinces.

Provided that, until the Parliament of Canada otherwise provides, at any Election for a Member of the House of Commons for the District of Algoma, in addition to Persons qualified by the Law of the Province of Canada to vote, every Male British Subject, aged Twenty-one Years or upwards, being a Householder, shall have a Vote.

[65] Canada's first electoral law, *The Electoral Franchise Act*,<sup>66</sup> made no specific reference to prisoner disenfranchisement. Subsection 3(1) of that Act, however, required that voters be "of full age of twenty-one years, and . . . not by this Act or any law of the Dominion of Canada, disqualified or prevented from voting." Thus, the voter disqualification contained in the *Constitution Act, 1791* and preserved by section 41 of the *Constitution Act 1867* was likely the law in force at that time.

[66] The matter was clarified in 1898. In that year, *The Franchise Act, 1898* denied the vote in federal elections to "[a]ny person, who, at the time of an election, is a prisoner in a jail or prison undergoing punishment for a criminal offence".<sup>67</sup> This blanket prohibition of prisoners is nearly identical to that which was in force at the time of the enactment of the Charter, and which was successfully challenged in earlier cases. The former, unconstitutional provision read as follows:

14. . . .

(4) The following persons are not qualified to vote at an election, and shall not vote at an election:

. . .

(e) every person undergoing punishment as an inmate in any penal institution for the commission of any offence;<sup>68</sup>

[67] The current law is much less intrusive, denying the vote only to those serving two years or more and

incidentes,—les vacances des sièges en parlement et l'exécution de nouveaux brevets dans les cas de vacances occasionnées par d'autres causes que la dissolution,—s'appliqueront respectivement aux élections des membres envoyés à la Chambre des communes par ces diverses provinces.

Mais, jusqu'à ce que le parlement du Canada en ordonne autrement, à chaque élection d'un membre de la Chambre des communes pour le district d'Algoma, outre les personnes ayant droit de vote en vertu de la loi de la province du Canada, tout sujet anglais du sexe masculin, âgé de vingt-et-un ans ou plus et tenant feu et lieu, aura droit de vote.

[65] La première loi électorale canadienne, l'*Acte du cens électoral*<sup>66</sup>, ne mentionnait pas expressément l'incapacité des prisonniers. Toutefois, selon le paragraphe 3(1) de cette loi, une personne pouvait voter seulement si elle était «âgée de vingt-et-un an révolus et si le présent acte ou aucune autre loi du Canada ne la priv[ait] du droit de vote ou ne lui interdi[sait] de voter.» Par conséquent, l'incapacité à voter édictée par l'*Acte constitutionnel de 1791* et maintenue en vigueur par l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituait vraisemblablement la règle de droit applicable à l'époque.

[66] La question a été clarifiée en 1898. Cette année-là, l'*Acte du cens électoral de 1898* a privé du droit de vote aux élections fédérales «[t]out individu qui, lors d'une élection, sera incarcéré comme prisonnier dans une geôle ou prison pour y subir la punition de quelque acte criminel»<sup>67</sup>. Cette interdiction générale applicable aux prisonniers est presque identique à celle qui s'appliquait au moment de l'entrée en vigueur de la Charte et qui a été contestée avec succès dans des instances antérieures. L'ancienne disposition, jugée inconstitutionnelle, se lisait comme suit:

14. [ . . . ]

(4) Les individus suivants sont inhabiles à voter à une élection et ne doivent pas voter à une élection:

[ . . . ]

e) toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire et y purgeant une peine pour avoir commis quelque infraction<sup>68</sup>.

[67] La loi actuelle est beaucoup moins radicale, car elle refuse le droit de vote uniquement aux personnes

not to all of those in penal institutions.

#### IV. Prisoner disenfranchisement in the post-Charter era

[68] This issue has been dealt with before in various courts including this Court. There have been a number of cases challenging this section or its immediate predecessor invoking section 3 of the Charter. These cases will be analysed first in order to place this appeal in context. There have also been several cases challenging similar provincial statutes, which I will not summarize here.<sup>69</sup> It will be seen that the cases considering the earlier, blanket prohibition on prisoner voting evince little unanimity of reasoning, as might be expected in cases dealing with difficult, politically charged matters.

[69] In 1983, Taylor J. of the British Columbia Supreme Court upheld the validity of the former prisoner disenfranchisement provision.<sup>70</sup> His Lordship reasoned that, since prisoners could not make a “free and democratic electoral choice,” it was appropriate for Parliament to deny them the vote:

Imprisonment, as a punishment for breach of the criminal law, is clearly justifiable in a free and democratic society. It follows that denial to prisoners of those constitutional rights which, of necessity, cannot be exercised by persons serving a sentence of imprisonment is also justifiable and must be taken to be authorized by s. 1 of the Charter.

[70] One year later, in *Attorney General of Canada v. Gould*,<sup>71</sup> this Court considered whether to issue an interlocutory motion for an injunction enabling the applicant to vote in an upcoming election. While all of the members of this Court agreed that the provision as it was then written constituted a *prima facie* violation of the Charter, they disagreed on whether an injunction should issue enabling the applicant to vote. No guidance was given in those cases regarding any section 1 analysis of provisions limiting inmate voting rights. A similar issue arose in the later case of

qui purgent une peine de deux ans ou plus, plutôt qu’à toute personne détenue dans un établissement pénal.

#### IV. L’incapacité à voter des prisonniers depuis l’entrée en vigueur de la Charte

[68] Différents tribunaux, dont la présente Cour, ont déjà examiné cette question. Plusieurs recours judiciaires fondés sur l’article 3 de la Charte ont été engagés pour contester cette disposition ou celle qu’elle a remplacée. Nous étudierons d’abord cette jurisprudence pour situer le présent appel dans son contexte. Des dispositions provinciales semblables ont aussi été attaquées dans plusieurs instances, que je ne résumerai pas ici<sup>69</sup>. On verra que les décisions judiciaires portant sur l’ancienne disposition, établissant l’interdiction générale de voter pour les prisonniers, ne dénotent pas une grande unanimité dans le raisonnement, comme on peut s’y attendre de la jurisprudence touchant des questions épineuses, à forte connotation politique.

[69] En 1983, le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a reconnu la validité de l’ancienne disposition édictant l’incapacité à voter des prisonniers<sup>70</sup>. Selon son raisonnement, les prisonniers ne pouvant pas faire un [TRADUCTION] «choix électoral libre et démocratique», il convenait que le Parlement leur refuse le droit de vote:

[TRADUCTION] Il est clair que l’emprisonnement, comme châtement pour une contravention au droit criminel, peut se justifier dans une société libre et démocratique. Il s’ensuit que le fait de priver les prisonniers des droits constitutionnels qui ne peuvent nécessairement pas être exercés par les personnes qui purgent une peine d’emprisonnement peut également se justifier et doit être considéré comme autorisé par l’article premier de la Charte.

[70] Un an plus tard, dans l’affaire *Procureur général du Canada c. Gould*<sup>71</sup>, la Cour a été appelée à décider si elle devait accueillir une requête interlocutoire sollicitant une injonction pour permettre au requérant de voter à une élection imminente. Tous les membres de la Cour étaient d’accord pour dire que la disposition, telle qu’elle était alors libellée, contrevenait à première vue à la Charte, mais ils ne partageaient pas tous la même opinion quant à savoir si une injonction devait être accordée pour permettre au requérant de voter. Ces décisions n’ont donné aucune

*Lévesque v. Canada (Attorney General)*, where Rouleau J. held that an injunction should be issued permitting the applicant, a prisoner, to vote in an upcoming election.<sup>72</sup>

[71] In 1988, Hirschfield J. of the Manitoba Court of Queen's Bench came to the same conclusion as Scollin J., who had held inoperative provisions of the Manitoba *Elections Act* [C.C.S.M., c. E-30] in an earlier case.<sup>73</sup> In coming to the same conclusion, Hirschfield J. quoted extensively from the earlier judgment.<sup>74</sup> In notable *dicta*, however, Hirschfield J. opined that, while excluding all prisoners from voting was too broad, the disqualification of federal prisoners serving sentences for indictable offences would likely be acceptable:

Had the words "penal institution" been defined to mean only a federal penitentiary, and had "any offence" been defined to mean an indictable offence, the result which I am about to announce would have been radically different. In my view the proportionality test referred to in *Oakes* would then have been weighted in favour of disqualification.<sup>75</sup>

[72] The Manitoba Court of Appeal reversed the decision of Hirschfield J.,<sup>76</sup> holding that the prisoner disqualification was a reasonable limit on the right to vote. After summarizing voter disqualification provisions in other democratic societies, Monnin C.J.M. wrote that the connection between voter disqualification and standing as a candidate justified the complete disqualification of prisoners:

I conclude that Hirschfield J. erred when he ruled that the breach of s. 3 was not saved by s. 1 of the Charter. Sec. 14(4)(e) is a reasonable and demonstrably justified limit on the right to vote which is guaranteed to Canadian citizens by s. 3 of the Charter and it is therefore valid legislation. If inmates are enfranchised they will automatically be given the right to stand as candidates for federal elections. There is no disqualification provision in the Act with respect to a person's right to offer his/her services as a candidate. One

indication qui puisse guider les tribunaux dans leur analyse des dispositions restreignant le droit de vote des détenus en regard de l'article premier. Une question semblable a été soulevée dans l'affaire *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, dans laquelle le juge Rouleau a statué qu'une injonction devait être délivrée pour permettre au requérant, un prisonnier, de voter à l'élection qui devait avoir lieu peu après<sup>72</sup>.

[71] En 1988, le juge Hirschfield de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a tiré la même conclusion que le juge Scollin, qui avait déclaré les dispositions de la *Loi électorale* du Manitoba [C.P.L.M., ch. E-30] inopérantes dans une cause antérieure<sup>73</sup>. En tirant la même conclusion, le juge Hirschfield a cité abondamment la décision antérieure<sup>74</sup>. Dans une remarque incidente digne de mention, il a toutefois exprimé l'avis que, si l'exclusion de tous les prisonniers du processus électoral avait une portée trop large, l'incapacité à voter des détenus fédéraux purgeant une peine relativement à un acte criminel serait vraisemblablement acceptable:

[TRADUCTION] Si les termes «établissement pénitentiaire» étaient définis comme s'entendant uniquement d'un pénitencier fédéral, et les termes «quelque infraction» comme s'entendant d'un acte criminel, la décision que je m'apprête à annoncer serait radicalement différente. Selon moi, l'application du critère de la proportionnalité décrit dans *Oakes* aurait alors fait pencher la balance en faveur de l'incapacité<sup>75</sup>.

[72] La Cour d'appel du Manitoba a infirmé la décision du juge Hirschfield<sup>76</sup>, en statuant que l'incapacité des prisonniers constituait une limite raisonnable au droit de vote. Après avoir résumé les dispositions concernant l'incapacité des électeurs dans d'autres sociétés démocratiques, le juge en chef Monnin, a écrit que le lien entre l'incapacité à voter et la qualité de candidat justifiait l'incapacité complète des prisonniers:

[TRADUCTION] Je conclus que le juge Hirschfield a commis une erreur lorsqu'il a décidé que la contravention à l'art. 3 n'était pas validée par l'article premier de la Charte. L'alinéa 14(4)e constitue une limite raisonnable, dont la justification peut être démontrée, au droit de vote que l'art. 3 de la Charte garantit aux citoyens canadiens; il est donc valide. Si les détenus se voient reconnaître le droit de vote, ils auront automatiquement le droit de se porter candidats aux élections fédérales. La loi ne contient aucune disposition

only has to be a voter who can enter his name on the enumeration list and meet the residential qualification. One can recall that in recent years a member of the Sinn Fein was elected to the Mother of Parliaments at Westminster while in a penitentiary in Northern Ireland. I do not recall whether his election was annulled by the High Court of Justice of the British Parliament which has the right to rule on the eligibility of its membership.

. . .

The right to vote is therefore not an absolute one although it is essential in a democracy. Unfortunately, at times, for valid reasons, that right cannot be enforced.<sup>77</sup>

[73] Three days after the decision of Hirschfield J., Van Camp J. of the Ontario Court upheld as constitutional the same provision which Justice Hirschfield had held to be of no force and effect. Van Camp J. noted the historic value placed on ensuring a responsible electorate:

The history of the disqualifications of voters over the years has reflected the different understanding of who would be responsible. The specific question now before the court is whether it is justifiable that the person who breaks the law should participate in the choice of those who make the law. The right of every citizen to vote has not been a part of our history. Historically, a vote has been deemed to more likely be responsible if the person casting it:

- (1) had a demonstrable stake in the community and its public affairs;
- (2) took an active interest in public affairs, and
- (3) was adequately informed about public issues.

Consequently, there have, in the past, been requisite property, wealth, literacy and residential qualifications. However, these different qualifications have been repealed as such criteria have come to be seen as inadequate tests of the desired responsibility. There remains then the citizenship qualification with its included qualification of age. Until now, there has persisted the disqualification of criminals and those involved in corrupt electoral practices on the ground that they are not responsible citizens, and that they have demonstrated beyond all doubt their lack of commitment to the well-being of the community.<sup>78</sup>

[74] While Van Camp J. reasoned that neither punishment nor administrative convenience would be sufficient to justify the disqualification of all prisoners,

en vertu de laquelle une personne serait inhabile à offrir ses services en qualité de candidat. Il suffit d'avoir la qualité d'électeur pouvant s'inscrire sur la liste électorale et de satisfaire aux conditions de résidence. On se rappellera qu'il y a quelques années un membre du Sinn Fein a été élu au Parlement de la Grande-Bretagne à Westminster, alors qu'il se trouvait dans un pénitencier en Irlande du Nord. Je ne me rappelle pas si son élection a été annulée par la Haute Cour de justice du Parlement britannique qui avait compétence pour trancher la question de l'éligibilité de ses membres.

[. . .]

Le droit de vote ne constitue donc pas un droit absolu, même s'il est essentiel dans une démocratie. Malheureusement, il arrive que, pour des motifs valables, ce droit ne puisse pas être exercé<sup>77</sup>.

[73] Trois jours après le prononcé de la décision du juge Hirschfield, le juge Van Camp de la Cour de l'Ontario a reconnu la validité constitutionnelle de la disposition que le juge Hirschfield avait jugée inopérante. Le juge Van Camp a noté la valeur historique attribuée à la constitution d'un électorat responsable:

L'historique de l'inhabilité à voter des électeurs au cours des ans témoigne des différentes conceptions de ce qu'est une personne responsable. La question précise soumise à la cour est celle de savoir s'il est justifiable que la personne qui enfreint la loi participe au choix des personnes qui la font. Le droit de voter de tout citoyen ne fait pas partie de notre histoire. Historiquement, un vote est réputé vraisemblablement responsable si la personne dont il émane:

- (1) peut démontrer qu'elle a un intérêt dans la collectivité et les affaires publiques;
- (2) s'intéresse activement aux affaires publiques;
- (3) est suffisamment bien informée des questions publiques.

Par conséquent, par le passé, des conditions ont été fixées en ce qui touche la propriété, la fortune, l'alphabétisme et la résidence. Toutefois, ces différentes conditions ont été abolies car ce critère est apparu inopportun pour évaluer la responsabilité requise. Demeure donc la condition relative à la citoyenneté, avec sa condition incluse touchant l'âge. Jusqu'à maintenant, l'inhabilité des criminels et des personnes impliquées dans des manœuvres électorales frauduleuses a été maintenue, parce que ces personnes ne sont pas des citoyens responsables et ont démontré, hors de tout doute, leur manque d'engagement envers le bien-être de la collectivité<sup>78</sup>.

[74] Bien que, selon le raisonnement du juge Van Camp, ni le châtement, ni la commodité administrative ne puissent suffire pour justifier l'inhabilité à

she accepted that the disqualification could stand as a proxy for a responsible electorate:

I would accept the submission that the objective of punishment is not of such importance that it should override the basic right.

I would agree with the opinion of Reed J. in *Gould v. A.-G. Can.*, . . . and of Rouleau J. in *Lévesque v. A.-G. Can.* . . . , that administrative or security reasons cannot prevent the exercise of a constitutionally recognized right and that imprisonment does not necessarily entail as a consequence the loss of voting rights.

However, it seems to me that Parliament was justified in limiting the right to vote with the objective that a liberal democratic regime requires a decent and responsible citizenry. Such a regime requires that the citizens obey voluntarily; the practical efficacy of laws relies on the willing acquiescence of those subject to them. The state has a role in preserving itself by the symbolic exclusion of criminals from the right to vote for the lawmakers. So also, the exclusion of the criminal from the right to vote reinforces the concept of a decent responsible citizenry essential for a liberal democracy.<sup>79</sup> [Citations omitted; emphasis added.]

[75] With regard to proportionality, Van Camp J. held that the temporary disenfranchisement of all prisoners was proportionate. She wrote that:

The objective of the Act was the protection of an essential value to our present democratic society, in the recognition of the importance of the vote. The statute was not a denial of the right. The statute does not discriminate on the basis of any inborn characteristics of race or sex. The right itself was not a confirmation of a long-standing pre-existing right. The Charter provision itself asked for limitation. The criteria of limitation provided for by the representatives of the people were reasonable in light of the history of the right to vote, the effect of the right to vote, the practice of other free and democratic societies. Parliament has carefully considered the extent to which those convicted should be disenfranchised. It has not removed the right of citizenship. It has not removed the right from all those who have been convicted. It has not provided that the disqualification is for all time. It has not made the return of the right dependant upon any subsequent decision. The return is automatic as soon as the person ceases to be an inmate. It has provided for the return of the vote before the sentence is completed, as soon as the prisoner has shown the requisite for a gradual return to society. The disqualification is in fact upon those who have chosen to disqualify themselves. It is not the loss of any of the fundamental freedoms.<sup>80</sup> [Emphasis added.]

voter des prisonniers, elle a reconnu que l'incapacité pouvait être maintenue comme gage d'un électorat responsable:

[TRADUCTION] Je retiendrais la prétention que l'objectif du châtiment n'est pas assez important pour écarter un droit fondamental.

Je partagerais l'opinion exprimée par le juge Reed dans l'affaire *Gould c. P.-G. Can.* [ . . . ], et par le juge Rouleau dans *Lévesque c. P.-G. Can.* [ . . . ], selon laquelle des motifs administratifs ou de sécurité ne peuvent empêcher l'exercice d'un droit reconnu par la Constitution et l'emprisonnement n'entraîne pas nécessairement la perte du droit de vote.

Cependant, il me semble que le Parlement était justifié de limiter le droit de vote parce qu'un régime démocratique libéral exige que les citoyens soient honnêtes et responsables. Un tel régime exige que les citoyens obéissent volontairement; l'efficacité pratique des lois s'appuie sur la volonté de s'y conformer des personnes qui y sont assujetties. L'État doit se protéger en excluant symboliquement les criminels des personnes pouvant élire les artisans de la loi. En outre, l'exclusion des criminels des personnes ayant le droit de vote renforce le concept des citoyens honnêtes et responsables essentiel à une démocratie libérale.<sup>79</sup> [Citations omises, non souligné dans l'original.]

[75] En ce qui concerne la proportionnalité, le juge Van Camp a statué que l'incapacité temporaire de tous les prisonniers était une mesure proportionnée. Elle a écrit:

[TRADUCTION] L'objectif de la Loi consistait à protéger une valeur essentielle de notre société démocratique actuelle, en reconnaissant l'importance du vote. La loi ne supprime pas ce droit. Elle n'établit pas de distinction fondée sur une caractéristique innée quant à la race ou au sexe. Le droit lui-même n'était pas la confirmation d'un droit pré-existant très ancien. La disposition même de la Charte commandait l'établissement d'une limite. Les critères d'exclusion établis par les représentants du peuple étaient raisonnables compte tenu de l'histoire du droit de vote, de son effet et de la pratique dans d'autres sociétés libres et démocratiques. Le Parlement a soigneusement examiné la question de savoir dans quelle mesure les personnes déclarées coupables devaient être inhabiles. Il ne leur a pas retiré leur droit de citoyenneté. Il n'a pas déclaré inhabiles toutes les personnes déclarées coupables. Il n'a pas prévu d'incapacité permanente. Il n'a pas assujéti le rétablissement du droit de vote à une décision ultérieure. La personne qui cesse d'être détenue recouvre automatiquement son droit. Il a prévu le rétablissement du droit de vote avant l'expiration de la peine, dès que le prisonnier a prouvé qu'il pouvait réintégrer graduellement la société. L'incapacité touche en fait les personnes qui ont choisi de devenir inhabiles. Elles ne sont privées d'aucune



[76] In 1991, before the appeal from the decision of Van Camp J. was heard, Strayer J. (as he then was) considered the same provision in the case of *Belczowski v. Canada*.<sup>81</sup> Strayer J. rejected the objectives of “affirming and maintaining the sanctity of the franchise in our democracy” and “preserving the integrity of the voting process” as being pressing and substantial objectives. Neither of these specific objectives, however, were argued before this Court. A third objective for the former provision was presented to Strayer J., that being to sanction offenders. Strayer J. considered this objective to be rationally connected to the legislation, but held that the legislation was neither minimally impairing nor proportionate. He wrote that:

Again, however, it cannot be said that this means of punishment impairs the section 3 right “as little as possible”. Instead it directly and completely abolishes that right for the period of imprisonment. In this it is in contrast to incidental abridgment, brought about by imprisonment, of other Charter rights and freedoms such as freedom of association or assembly or expression.

Finally, with respect to voting disqualification as punishment, the government has not demonstrated to my satisfaction that the outright denial of the vote of every prison inmate is proportional to this objective. First, it may be noted that paragraph 51(e) applies no matter what the seriousness of the crime may be for which the inmate is being punished. Secondly, the actual effect on the inmate’s right to vote will be quite arbitrary, depending on fortuitous circumstances such as the timing of federal elections in relation to the period he happens to serve his sentence. Thus someone in prison for two weeks for non-payment of parking fines could lose his vote for four years because his sentence happened to coincide with a federal election. On the other hand, someone sentenced to prison for five years for fraud or sexual assault and released on parole after three and one-half years might never miss the opportunity to vote. Thus there is no necessary coordination between serving of a prison sentence and the actual loss of a right to vote. Thirdly, there is a lack of proportionality between the objective and the denial of the vote in that corrections theory in Canada for the last fifty years has moved in the direction of rehabilitation and the preparation of inmates for reentry into society.<sup>82</sup>

de leurs libertés fondamentales<sup>80</sup>. [Non souligné dans l’original.]

[76] En 1991, avant l’audition de l’appel interjeté à l’encontre de la décision du juge Van Camp, le juge Strayer (alors juge de première instance) s’est prononcé sur la même disposition dans l’affaire *Belczowski c. Canada*.<sup>81</sup> Le juge Strayer a rejeté les objectifs consistant à «proclamer et sauvegarder le caractère sacré du droit de vote dans notre démocratie» et à «préserver l’intégrité du processus électoral» comme des objectifs urgents et réels. Aucun de ces objectifs particuliers n’a cependant été invoqué devant cette Cour. Un troisième objectif visé par la disposition abrogée a été proposé au juge Strayer, soit celui d’imposer des sanctions aux contrevenants. Le juge Strayer a jugé qu’il existait un lien rationnel entre cet objectif et la loi, mais il a conclu que la loi ne satisfaisait pas aux critères de l’atteinte minimale et de la proportionnalité. Voici ce qu’il a dit:

Ici encore, cependant, on ne saurait dire que ce mode de châtement porte atteinte «le moins possible» au droit prévu à l’article 3. Au contraire, il abolit directement et totalement ce droit pour la durée de l’emprisonnement. Il se distingue en cela de l’abolition incidente, résultant de l’emprisonnement, des autres droits et libertés prévus à la Charte, telle la liberté d’association, d’assemblée ou d’expression.

Enfin, pour ce qui est de la perte de la capacité de voter comme châtement, le gouvernement n’a pas démontré à ma satisfaction que le retrait absolu du droit de vote à tous les détenus est proportionné à cet objectif. D’abord, on peut noter que l’alinéa 51(e) s’applique quelle que soit la gravité de l’acte pour lequel le détenu est puni. En second lieu, l’effet réel sur le droit de vote du détenu sera fort arbitraire, selon des circonstances fortuites tel le moment où des élections fédérales auront lieu par rapport à celui où il purgera sa peine. Ainsi, un individu incarcéré pendant deux semaines pour n’avoir pas réglé des contraventions au règlement sur le stationnement pourrait perdre son droit de vote pour quatre ans si sa peine coïncidait par hasard avec des élections fédérales. Par contre, un autre, condamné pour fraude ou agression sexuelle et bénéficiant d’une libération conditionnelle après trois ans et demi pourrait ne jamais rater l’occasion de voter. Ainsi, il n’existe aucune coordination nécessaire entre le fait de purger une peine d’emprisonnement et la perte effective de son droit de vote. En troisième lieu, il y a un manque de proportion entre l’objectif et le retrait du droit de vote en ceci que depuis cinquante ans, la théorie de la correction au Canada a évolué en direction de la réhabilitation et de la préparation des détenus à leur réinsertion sociale.<sup>82</sup>

[77] The decision of Strayer J. was upheld by this Court. Speaking for the Court, Hugessen J.A. found that the objectives as presented were too abstract to warrant the infringement of constitutionally protected rights. He wrote that:

Viewed together and collectively, the most striking point about the alleged objectives of paragraph 51(e) is that they are all symbolic and abstract. The appellant admits as much, but maintains that this fact does not prevent them from being legitimate objectives for legislation. With respect, it seems to me that this misses the mark. It is, of course, true that legislation may legitimately have a purely symbolic objective. The question on the first branch of the *Oakes* test, however, is not the legitimacy of the legislative purpose but rather its importance, that is to say whether it is “pressing and substantial”. For my part, I must say that I have very serious doubts whether a wholly symbolic objective can ever be sufficiently important to justify the taking away of rights which are themselves so important and fundamental as to have been enshrined in our Constitution. To accept symbolism as a legitimate reason for the denial of Charter rights seems to me to be a course fraught with danger. Even on the lower test of a “desirable social objective” suggested in *Andrews*, I would have thought that such objective would have to translate into some real intended benefit and not merely some abstract or symbolic notion. To adopt the other course would, it seems to me, expose us to Voltaire’s famous jibe that the English had executed Admiral Byng on his own quarterdeck “pour encourager les autres”.

Assuming, however, for the sake of argument, that a purely symbolic objective may be sufficiently serious in some circumstances, it is my view that it cannot be so in this case. Depriving prisoners of the vote is not a ringing and unambiguous public declaration of principle. On the contrary it is an almost invisible infringement of the rights of a group of persons who, as long as they remain inside the walls are, to our national disgrace, almost universally unseen and unthought of. If, as I think, therefore, the alleged symbolic objective is one whose symbolism is lost on the great majority of citizens, it is impossible to characterize that objective as pressing or substantial.<sup>83</sup>

[78] Hugessen J.A. refused to accept the government’s objectives. He opined that the true objective of prisoner disqualification was to further degrade the inmate:

Alternatively, and far less commendably, it would appear to me that the true objective of paragraph 51(e) may be to

[77] La décision du juge Strayer a été confirmée en appel par cette Cour. Le juge Hugessen, J.C.A., qui a rédigé l’opinion de la Cour, a conclu que les objectifs proposés étaient trop abstraits pour justifier une atteinte aux droits protégés par la Constitution. Il s’est exprimé en ces termes:

L’élément le plus frappant des prétendus objectifs de l’alinéa 51e), étudiés ensemble et collectivement, est qu’ils sont tous symboliques et abstraits. L’appelante l’admet, mais elle soutient qu’ils n’en demeurent pas moins des objectifs légitimes d’une mesure législative. Avec égards, il me semble que cette prétention frappe à faux. Il est vrai qu’une disposition législative peut légitimement avoir un objectif purement symbolique. Le premier volet du critère *Oakes* ne porte toutefois pas sur le caractère légitime de l’objectif législatif, mais sur son importance, c’est-à-dire que l’on doit se demander s’il se rapporte à des préoccupations «urgentes et réelles». Pour ma part, je dois dire que je doute sérieusement qu’un objectif complètement symbolique puisse être suffisamment important pour justifier la suppression de droits qui sont eux-mêmes à tel point importants et fondamentaux qu’ils ont été reconnus dans notre Constitution. Il me semble bien dangereux d’admettre le symbolisme à titre de motif légitime de la suppression de droits garantis par la Charte. Même au chapitre du critère moins exigeant de «l’objectif social souhaitable» proposé dans l’arrêt *Andrews*, j’aurais cru qu’un tel objectif devrait se traduire en un véritable avantage espéré et non seulement en une notion abstraite ou symbolique. Adopter l’autre voie nous exposerait, il me semble, au fameux sarcasme de Voltaire selon lequel les Anglais avaient exécuté l’amiral Byng sur sa propre plage arrière «pour encourager les autres».

Tout en présumant, toutefois, pour le plaisir de la discussion, qu’un objectif purement symbolique peut être suffisamment important dans certaines circonstances, je suis d’avis qu’en l’espèce, ce ne peut être le cas. Priver les détenus de leur droit de vote n’est pas une déclaration de principe publique, retentissante et non équivoque. Au contraire, il s’agit d’une atteinte à peine perceptible aux droits d’un groupe de personnes qui, aussi longtemps qu’elles demeurent détenues, sont une honte nationale, presque universellement laissées pour compte et oubliées. Si, par conséquent, comme je le pense, le symbolisme du prétendu objectif échappe à la grande majorité des citoyens, on ne peut caractériser cet objectif d’urgent et réel<sup>83</sup>.

[78] Le juge Hugessen, J.C.A., a refusé de reconnaître les objectifs du gouvernement. Il croyait que le véritable objectif de l’inhabilité des prisonniers était de les dégrader encore davantage:

Subsidiairement, et beaucoup moins louablement, il m’apparaît que le véritable objectif de l’alinéa 51e) vise

satisfy a widely held stereotype of the prisoner as a no-good almost sub-human form of life to which all rights should be indiscriminately denied. That, it need hardly be said, is not an objective which would satisfy section 1 of the Charter.<sup>84</sup>

[79] Hugessen J.A. did, however, suggest that a denial of the right to vote for people convicted of certain crimes might be acceptable. To him it was unacceptable that all prisoners be disenfranchised as a consequence of their condition. He wrote that:

A denial of the right to vote for persons convicted of treason or felony can readily be understood as a punishment for those crimes. A similar denial imposed only on those who are actually in prison looks more like a consequence of that condition than a sanction for the conduct which brought it about in the first place.<sup>85</sup>

[80] With regard to proportionality, Hugessen J.A. agreed with Strayer J. that the former provision was not proportional. Hugessen J.A. held that the legislation failed at every stage of the proportionality test. First, he contended that the fact of being in prison was not a rational indication of irresponsible citizenship:

First, there is the requirement that paragraph 51(e) be rationally connected to the alleged objectives. It is not. The fact of being in prison is not, by any means, a sure or rational indication that the prisoner is not a decent and responsible citizen. I have already mentioned fine defaulters who shockingly constituted a huge proportion of our prison population. By no means can they be described as *ipso facto* indecent and irresponsible. It is also not impossible in our society for persons to be in prison for reasons of conscience and I doubt that as a society we feel that such persons are not decent and responsible whatever else we might think of them.<sup>86</sup>

[81] With regard to minimal impairment, Hugessen J.A. held that by virtue of the design of the legislation, the right to vote was taken away in an irregular and irrational way:

There is little that need to be said of the second branch of this part of the test which requires that the legislative measure impair the guaranteed right as little as possible. I would only note that, not only is the right taken away

peut-être à satisfaire un stéréotype largement répandu selon lequel le détenu représente une forme de vie inférieure et nuisible à laquelle tous les droits devraient être enlevés sans distinction. Cela, il va de soi, n'est pas un objectif qui justifierait l'application de l'article premier de la Charte<sup>84</sup>.

[79] Le juge Hugessen a néanmoins suggéré que le retrait du droit de vote aux personnes déclarées coupables de certains crimes pouvait être acceptable. Pour lui, il était inacceptable que tous les prisonniers soient inhabiles comme simple conséquence de leur état. Voici les propos qu'il a tenus:

Le retrait du droit de vote aux personnes déclarées coupables de trahison ou de félonie peut facilement être vu comme la sanction de ces crimes. Cette déchéance imposée seulement à ceux qui sont effectivement détenus semble être plus une conséquence de cet état que la sanction du comportement qui en est responsable<sup>85</sup>.

[80] En ce qui concerne le critère de la proportionnalité, le juge Hugessen partageait l'avis du juge Strayer, selon lequel l'ancienne disposition n'était pas proportionnée. Le juge Hugessen a statué que la loi ne satisfaisait à aucun des éléments du critère de la proportionnalité. Premièrement, il a soutenu que le fait d'être en prison ne constituait pas une indication rationnelle que le détenu est un citoyen irresponsable:

En premier lieu, l'alinéa 51e) doit avoir un lien rationnel avec les objectifs en question. Ce n'est pas le cas. Le fait d'être emprisonné n'est pas, en aucune façon, une indication sûre et rationnelle que le détenu est un citoyen malhonnête et irresponsable. J'ai déjà mentionné les personnes qui font défaut de payer une amende et qui, il est révoltant, constituent une proportion énorme de notre population carcérale. En aucune façon ces gens ne doivent être qualifiés, par le fait même, de citoyens malhonnêtes et irresponsables. Il n'est également pas impossible, dans notre société, que des personnes soient détenues pour des motifs de conscience, et je doute que, comme société, nous jugions ces personnes malhonnêtes et irresponsables, indépendamment de ce que nous pouvons penser d'elles à d'autres égards.<sup>86</sup>

[81] Quant à l'atteinte minimale, le juge Hugessen a statué que, compte tenu de la structure de la loi, le retrait du droit de vote était injuste et irrationnel:

Il n'y a que peu de choses à dire sur le deuxième volet de cette partie du critère qui requiert que la mesure législative porte le moins possible atteinte au droit garanti. Je me contenterai de remarquer que non seulement le droit est

altogether, but, because of the very nature of the right to vote itself, it is taken away in an irregular and irrational pattern: persons who happen to be in prison on enumeration day, or voting day, no matter how short their sentence, lose the right to vote; others may serve up to four years and three hundred and sixty-four days in prison and never be deprived of the franchise at all.<sup>87</sup>

[82] With regard to proportionality, Hugessen J.A. held that the legislation was both over- and under-inclusive in that it made no attempt to balance the seriousness of the offender's conduct to the effects of the legislation:

Finally, the third branch of the test requires an examination of the proportionality between the effect of the legislation and its objectives. For reasons which have already been suggested, paragraph 51(e) cannot meet this test. I have already commented on the over- and under-inclusiveness of the legislation when viewed in the light of its alleged objectives. I have also indicated that the legislation makes no attempt to weigh, assess or balance the seriousness of the conduct which may have resulted in imprisonment and the resultant deprivation of a Charter guaranteed right. Finally, I have indicated that as a necessary result of the legislation, and not merely of its imperfect application, its actual operation in any particular case will depend on wholly fortuitous circumstances which bear no relationship either to the alleged objectives or to the conduct of the prisoners whose rights are thus taken away. Even assuming the alleged objectives to be valid, paragraph 51(e) simply cannot be characterized as a measured and proportionate means of achieving them with due regard for the importance of the rights taken away.<sup>88</sup>

[83] Shortly after this Court's decision in *Belczowski*, the Ontario Court of Appeal overturned the judgment of Van Camp J. in the *Sauvé* case. Speaking for that Court, Arbour J.A. (as she then was) agreed with Hugessen J.A. that the symbolic nature of the objectives detracted from its importance as a justification for the violation of the Charter-protected right to vote. In *obiter*, which the parties to this case vigorously debated, she wrote that:

I would also add that the slow movement toward universal suffrage in Western democracies took an irreversible step forward in Canada in 1982 by the enactment of s. 3 of the *Charter*. I doubt that anyone could now be deprived of the vote on the basis, not merely symbolic but actually demonstrated, that he or she was not decent or responsible. By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we

retiré dans son ensemble, mais, en raison de la nature même du droit de vote lui-même, il est retiré de façon injuste et irrationnelle: les personnes qui sont détenues le jour du recensement ou du scrutin, peu importe la brièveté de leur peine, perdent leur droit de vote; d'autres peuvent purger jusqu'à quatre ans et trois cent soixante-quatre jours et n'être jamais privés de leur droit de vote.<sup>87</sup>

[82] Sur la question de la proportionnalité, le juge Hugessen a jugé que la loi était à la fois trop générale et insuffisante, car elle ne comportait aucun élément visant à établir un équilibre entre la gravité de la conduite du contrevenant et les effets de la loi:

Enfin, le troisième volet du critère consiste à étudier la proportionnalité entre les effets de la disposition législative et ses objectifs. Pour des motifs déjà formulés, l'alinéa 51e) ne peut satisfaire à ce critère. J'ai déjà traité du caractère à la fois trop général et insuffisant de la disposition législative lorsqu'elle est étudiée dans le contexte de ses prétendus objectifs. J'ai également mentionné qu'elle ne tente pas de soupeser, d'évaluer ou de concilier la gravité du comportement qui a entraîné l'emprisonnement et la suppression conséquente du droit garanti par la Charte. Enfin, j'ai mentionné qu'à titre de conséquence inévitable de la disposition, et non seulement de son application imparfaite, son effet véritable dans un cas particulier dépendra de circonstances tout à fait fortuites qui n'ont aucun lien avec soit les objectifs en question ou le comportement des détenus dont les droits sont ainsi supprimés. Même en supposant que ces objectifs soient valides, on ne peut tout simplement pas considérer l'alinéa 51e) comme un moyen modéré et proportionnel de les atteindre, compte tenu de l'importance des droits supprimés.<sup>88</sup>

[83] Peu de temps après le prononcé de l'arrêt *Belczowski* par la Cour, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge Van Camp dans l'affaire *Sauvé*. Le juge Arbour (alors de la Cour d'appel), qui s'est exprimée au nom de la Cour, était d'accord avec le juge Hugessen pour dire que la nature symbolique des objectifs en atténuait l'importance comme justification de la privation du droit de vote garanti par la Charte. Dans une remarque incidente, dont les parties en l'espèce ont débattu avec vigueur, elle a affirmé:

[TRADUCTION] J'ajouterais que la lente progression des démocraties occidentales vers le suffrage universel a franchi un point de non-retour au Canada en 1982 lorsque l'article 3 de la *Charte* a été édicté. Je doute que qui que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif, non simplement symbolique, mais dont la preuve a été faite, que cette personne n'est pas honnête ou responsable. Au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte*, les exclusions

had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a “decent and responsible citizenry”, previously defined by attributes such as ownership of land or gender, in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.<sup>89</sup>

[84] While Arbour J.A. accepted that the most plausible objective presented was to sanction offenders, she felt that objective was missed by a provision which punishes inmates generally. She wrote that:

If the objective of s. 51(e) is to punish offenders, that objective is missed altogether by a provision that punishes inmates and that is therefore both over- and under-inclusive. Whether this is viewed as a question of proportionality or objective, the result remains that it fails as a constitutional justification. The same can be said of all three objectives which, even taken collectively, are either insufficiently important or unacceptable objectives or are expressed in means which are not rationally connected with the objectives or which impair the right to vote far more than necessary. I find no need to analyze in detail the proportionality flaws of this legislation as I agree substantially with the reasons of both Strayer J. and Hugessen J.A. in *Belczowski, supra*, on the question of proportionality.<sup>90</sup>

[85] The Supreme Court dismissed appeals from both the decisions of the Ontario Court of Appeal and this Court at the same time. I reproduce in their entirety, the reasons for judgment of the Supreme Court which are as follows:

We are all of the view that these appeals should be dismissed.

The Attorney General of Canada has properly conceded that s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, contravenes s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but submits that s. 51(e) is saved under s. 1 of the *Charter*. We do not agree. In our view, s. 51(e) is drawn too broadly and fails to meet the proportionality test, particularly the minimal impairment component of the test, as expressed in the s. 1 jurisprudence of the Court.

Accordingly, the first constitutional question is answered in the affirmative and the second constitutional question is answered in the negative.

Consequently, both appeals are dismissed with costs.<sup>91</sup>

au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu'on peut supposer à juste titre que nous avons abandonné l'idée que l'électorat doit se limiter aux «citoyens honnêtes et responsables», définis auparavant par des caractéristiques comme le fait d'être propriétaire de biens-fonds ou le sexe, en faveur d'un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l'État<sup>89</sup>.

[84] Bien que le juge Arbour ait reconnu que l'objectif proposé le plus plausible était l'imposition de sanctions aux contrevenants, elle estimait qu'une disposition qui punit les détenus en général n'atteignait pas cet objectif. Voici ce qu'elle a écrit:

[TRADUCTION] Si l'objectif de l'alinéa 51e) consiste à punir les contrevenants, une disposition qui punit les détenus, et qui a donc une portée à la fois trop large et insuffisante, ne l'atteint absolument pas. Que l'on envisage la question sous l'angle de la proportionnalité ou de l'objectif, le résultat demeure le même: ce n'est pas une justification valable sur le plan constitutionnel. Cela vaut pour chacun des trois objectifs qui, même considérés ensemble, ne sont ni assez importants ni acceptables, ou se traduisent par des moyens qui n'ont pas de lien rationnel avec les objectifs ou qui portent beaucoup plus atteinte au droit de vote que c'est nécessaire. Je ne crois pas utile d'analyser en détail les lacunes de la loi sur le plan de la proportionnalité, car je souscris, pour l'essentiel, aux motifs exprimés par les juges Strayer et Hugessen dans l'affaire *Belczowski*, précitée, sur la question de la proportionnalité<sup>90</sup>.

[85] La Cour suprême a rejeté, ensemble, les pourvois formés à l'encontre des décisions de la Cour d'appel de l'Ontario et de cette Cour. Les motifs du jugement de la Cour suprême sont reproduits intégralement ci-dessous:

Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter ces pourvois.

Le procureur général du Canada a concédé à bon droit que l'al. 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, enfreint l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais il prétend qu'il est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Nous ne sommes pas d'accord. À notre avis, l'al. 51e) a une portée trop large et ne satisfait pas au critère de la proportionnalité, particulièrement en ce qui concerne l'élément de l'atteinte minimale, énoncé dans la jurisprudence de notre Cour touchant l'article premier.

Par conséquent, la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative et la seconde, une réponse négative.

En conséquence, les deux pourvois sont rejetés avec dépens<sup>91</sup>.

It should be noted that the Supreme Court says only that the former section was “drawn too broadly” and specifically that it failed the minimal impairment component of the proportionality test laid down by the Court in section 1 jurisprudence. There is nothing in the reasons of the Supreme Court that grants section 3 of the Charter any immunity from potential limitations drawn within the bounds of section 1 of the Charter.

[86] Shortly before the Supreme Court’s decision in the *Sauvé* and *Belczowski* matters, Parliament passed amendments to the CEA which contained the prisoner disenfranchisement provision now before this Court.<sup>92</sup> This is, therefore, a new law being challenged, one that Parliament has sought to enact in conformity with the Charter and the judicial decisions. Previous cases may consequently be helpful for an understanding of the context of this appeal, but are in no way binding on this Court. The previous provision applied to all prisoners, regardless of their crime or term of incarceration. The current provision is significantly different, being much more limited, and, hence, requires fresh consideration.

#### V. Is paragraph 51(e) saved by section 1 of the Charter?

##### 1. Introduction: the proper approach to section 1 of the Charter?

[87] Any approach to section 1 of the Charter must begin with the words of section 1 itself:

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.

[88] The Supreme Court has frequently emphasized that, in the section 1 analysis, context matters. The Supreme Court has instructed that proportionality can only be measured through close attention to the details and facts of the case.<sup>93</sup> The *Oakes* test is therefore not meant to be a rigid test, and indeed it cannot be. Concepts such as minimal impairment and

Il faut souligner que la Cour suprême dit seulement que l’ancien article a «une portée trop large» et, plus particulièrement qu’il ne satisfait pas au critère de la proportionnalité en ce qui concerne l’élément de l’atteinte minimale, énoncé dans la jurisprudence de la Cour touchant l’article premier. Aucun élément des motifs de la Cour suprême ne met l’article 3 à l’abri d’éventuelles limites conformes aux exigences de l’article premier de la Charte.

[86] Peu de temps avant l’arrêt prononcé par la Cour suprême dans les affaires *Sauvé* et *Belczowski*, le Parlement a adopté des modifications à la LEC et notamment la disposition prévoyant l’inhabilité des prisonniers qui est contestée en l’espèce<sup>92</sup>. C’est donc une nouvelle règle de droit qui est attaquée, et lorsque le Parlement l’a édictée, il l’a voulue conforme à la Charte et à la jurisprudence. Les décisions antérieures peuvent donc être utiles pour comprendre le contexte du présent appel, mais elles ne lient pas la Cour. L’ancienne disposition s’appliquait à tous les prisonniers, sans égard à l’infraction commise ni à la durée de leur peine. La disposition maintenant en vigueur est très différente, de portée beaucoup plus limitée, et doit donc faire l’objet d’un nouvel examen.

#### V. L’alinéa 51e) est-il validé par l’article premier de la Charte?

##### 1. Introduction: quelle démarche faut-il adopter sous le régime de l’article premier de la Charte?

[87] Peu importe la démarche adoptée sous le régime de l’article premier de la Charte, il faut commencer par se reporter au texte même de cette disposition:

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.

[88] La Cour suprême a souvent insisté sur l’importance que l’on doit attribuer au contexte lorsqu’on procède à une analyse en vertu de l’article premier. Elle a indiqué qu’on ne peut apprécier la proportionnalité qu’en examinant avec attention les particularités et les faits de l’espèce<sup>93</sup>. Le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* ne doit donc pas, et ne peut, en fait, être

proportionality must be viewed in the light of the case before the Court. Giving such concepts a standardized meaning applicable to each and every case would create a test which would be unhelpful in many cases. As I will discuss below, this is a case in which the application of the *Oakes* test is particularly sensitive to context.

[89] It is only in the context of the particular case that the proper standard of proof can be established. In many cases, scientific and conclusive proof of the effects of legislation is impossible. While the onus always remains on the government to justify Charter violations demonstrably on the balance of probabilities, a court should be willing to find causal connection between legislation and its intended benefits on the basis of reason, deduction, or inference.<sup>94</sup>

[90] The basic framework for a section 1 analysis set out in *The Queen v. Oakes*, remains in place, but has been elucidated by subsequent decisions. The analytical framework was restated in *Egan v. Canada*, and quoted with approval in *Eldridge* and *Vriend*:

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 obtain 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.<sup>95</sup>

[91] The first segment of the *Oakes* test is well known. The objective of the legislation must be “pressing and substantial” in order to be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom.

appliqué de façon rigide. Il faut aborder des concepts comme l’atteinte minimale et la proportionnalité en tenant compte des faits soumis à la Cour. En attribuant à ces concepts une interprétation uniforme applicable dans tous les cas, on créerait un critère qui ne serait d’aucun secours dans bien des cas. Comme je l’expliquerai plus loin, l’application du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* est particulièrement liée au contexte dans la présente affaire.

[89] Ce n’est que dans le contexte de chaque cas particulier que la norme de preuve appropriée peut être établie. Dans nombre de cas, la preuve scientifique et concluante des effets de la loi est impossible. Bien que le gouvernement ait toujours le fardeau de justifier les violations de la Charte selon la probabilité la plus forte, le tribunal doit être disposé à conclure à l’existence d’un lien causal entre la loi et les avantages escomptés en s’appuyant sur la raison, la déduction et l’inférence<sup>94</sup>.

[90] Le cadre fondamental de l’analyse effectuée en regard de l’article premier, établi par l’arrêt *La Reine c. Oakes*, demeure applicable, mais il a été clarifié par la jurisprudence subséquente. Ce cadre analytique a été reformulé dans *Egan c. Canada*, et cité avec approbation dans *Eldridge* et *Vriend*:

L’atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l’objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l’objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l’objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la Charte, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l’effet de la mesure et son objectif de sorte que l’atteinte au droit garanti ne l’emporte pas sur la réalisation de l’objectif législatif. Dans le contexte de l’article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier<sup>95</sup>.

[91] Le premier volet du critère établi par l’arrêt *Oakes* est bien connu. L’objectif de la loi doit être «urgent et réel» pour être suffisamment important pour justifier une dérogation à un droit ou à une liberté qui bénéficie d’une protection constitutionnelle.

[92] If this requirement is met, the second requirement involves a proportionality test. The proportionality test is comprised of three components. First, the measure limiting the Charter right must be rationally connected to the intended objective. In other words, the measure must be designed to achieve its objective without being arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. Second, the limiting measures must impair the Charter right no more than is necessary.<sup>96</sup> Third, the effects of the measure must be proportional to the significance of the objective which is to be achieved, and the salutary and deleterious effects of the measure must be proportional. A provision limiting a Charter right that fails to satisfy any one of these criteria will not be saved under section 1.

2. Are the objectives of this legislation sufficiently pressing and substantial to warrant compromise of a Charter right?

[93] The first task required of any judge assessing the justification presented for a Charter infringement is to identify the objectives underlying the legislation in question. The Crown submits that there are two objectives underlying this legislation, namely those accepted by the Trial Judge. Those objectives are as follows:

- (a) the enhancement of civic responsibility and respect for the rule of law; and,
- (b) the enhancement of the general purposes of the criminal sanction.

In this case, the Trial Judge considered the submissions of the parties, the legislative history of the provision, and the text of the provision, finding that there was evidence that the provision was enacted to advance both of these objectives. He concluded that:

Specifically, the legislative text, in conjunction with the proceedings of the Special Committee on Electoral Reform, reveal that the provision is clearly directed at imposing the sanction of disenfranchisement as a further punishment for serious crime. Moral education also appears to be a rationale for this additional sanction. The objective of enhancing civic

[92] Si cette condition est remplie, le deuxième volet fait appel à un critère de proportionnalité. Ce critère comporte trois éléments. Premièrement, il doit exister un lien rationnel entre la mesure qui restreint un droit garanti par la Charte et l'objectif qu'elle vise. En d'autres termes, cette mesure doit être conçue de façon à atteindre cet objectif sans être arbitraire, injuste ni fondée sur des considérations irrationnelles. Deuxièmement, les mesures restrictives ne doivent porter atteinte au droit garanti par la Charte que dans la mesure où c'est nécessaire<sup>96</sup>. Troisièmement, les effets de la mesure en cause doivent être proportionnels à l'importance de l'objectif visé et il doit y avoir proportionnalité entre ses effets bénéfiques et ses effets nuisibles. Une disposition qui restreint un droit garanti par la Charte et qui ne satisfait pas à ce critère ne sera pas validé par l'article premier.

2. Les objectifs de la loi sont-ils suffisamment urgents et réels pour justifier une atteinte à un droit garanti par la Charte?

[93] La première tâche que doit accomplir le juge qui évalue la justification proposée d'une contravention à la Charte consiste à identifier les objectifs qui sous-tendent la loi. La Couronne soutient que la loi contestée en l'espèce vise deux objectifs, soit ceux retenus par la juge de première instance. Les voici:

- (a) rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit;
- (b) faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale.

Dans la présente affaire, le juge de première instance a examiné les prétentions des parties, l'historique législatif de la disposition en cause et le texte de cette disposition, puis il a conclu que la preuve pouvait établir qu'elle avait été édictée pour promouvoir deux objectifs. Il a conclu:

Plus précisément, il appert du libellé de la disposition ainsi que des procès-verbaux du Comité spécial sur la réforme électorale que la disposition visait sans conteste à imposer le retrait du droit de vote comme sanction supplémentaire à l'égard d'un crime grave. L'éducation morale semble constituer un autre motif justifiant cette sanction



responsibility through the operation of paragraph 51(e) of the CEA is more elusive. Nevertheless, the Debates of the House of Commons do reveal that some consideration was given to the fact that the impugned provision is capable of sending a message to offenders, and to the general public, about the importance, in a democracy, of the right to vote.<sup>97</sup>

[94] Courts of appeal are slow to overturn findings of adjudicative facts, as it is the trial judge who receives the most complete presentation of the facts. Hence, much deference is paid to the findings of fact at trial.

[95] While findings of legislative fact are not entitled to the same level of deference as findings of adjudicative fact,<sup>98</sup> such findings are still entitled to respect. In this case I have reviewed the evidence, and I agree with the Trial Judge that the government has proved on a balance of probabilities that the objectives it contends for indeed motivated the passage of this legislation. The Trial Judge made no error in accepting the objectives as he did.

[96] In reviewing the evidence, I have reviewed the Parliamentary debate. I note with interest that Parliament, both in general session and in Committee, debated this measure vigorously. The Parliamentary Committee reviewing the matter carefully considered the submissions of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the Lortie Commission), recommending disenfranchisement to all those prisoners serving sentences of 10 years or more. While in session, Parliament debated and ultimately rejected a motion to repeal the disenfranchisement, and an alternative motion to trigger the disenfranchisement only after a sentence of five years or more is handed down.<sup>99</sup>

[97] It is noteworthy that the respondents do not challenge the legislative objectives as found. Indeed Mr. Peltz' very fine written submissions accept the twin objectives of this legislation and attempts to equate them to those objectives presented—and rejected—in the earlier *Sauvé* matter.<sup>100</sup> While this

supplémentaire. L'objectif de rehausser le sens du devoir civique par l'application de l'alinéa 51e) de la LEC est moins évident. Néanmoins, une lecture des Débats de la Chambre des communes indique que le législateur a tenu compte du fait que la disposition attaquée pouvait transmettre aux contrevenants et au grand public un message au sujet de l'importance du droit de vote dans une démocratie<sup>97</sup>.

[94] Les tribunaux d'appel sont réticents à infirmer les conclusions touchant les faits de la cause, car c'est le juge de première instance qui bénéficie de l'exposé le plus complet des faits. On note donc une grande retenue à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance.

[95] Bien que les conclusions touchant les cas prévus par la loi n'aient pas droit au même degré de retenue que celles touchant les faits de la cause<sup>98</sup>, elles méritent le respect. En l'espèce, j'ai passé la preuve en revue et je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que le gouvernement a prouvé selon la probabilité la plus forte que les objectifs invoqués sont bel et bien ceux qui ont motivé l'adoption des mesures législatives. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur en retenant ces objectifs.

[96] En examinant la preuve, j'ai étudié le débat tenu par le Parlement. J'ai noté, avec intérêt, que le Parlement, en session générale et en comité, a tenu un débat animé sur cette mesure. Le comité parlementaire qui a examiné la question a étudié avec soin les observations de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la Commission Lortie), qui recommandait l'inhabilité de tous les prisonniers purgeant des peines de dix ans ou plus. La session du Parlement a débattu et rejeté, en bout de ligne, une motion visant à abolir l'inhabilité, ainsi qu'une motion subsidiaire en vertu de laquelle l'inhabilité ne serait survenue que lorsqu'une sentence imposant une peine de cinq ans ou plus a été prononcée<sup>99</sup>.

[97] Il faut noter que les intimés ne contestent pas les objectifs législatifs retenus. En fait, dans ses observations écrites bien peaufinées, M<sup>c</sup> Peltz reconnaît les deux objectifs de la loi et tente d'établir une correspondance entre eux et les objectifs proposés, mais rejetés, dans l'affaire antérieure *Sauvé*<sup>100</sup>. Bien

legislation was motivated by similar objectives which supported the earlier, total disenfranchisement, this legislation differs from the earlier provision enough to demand fresh consideration. In debating this issue, the Lortie Commission Report, the Parliamentary Committee, and the House of Commons were all careful to note the hybrid criminal and electoral nature of this provision. Further, this provision was enacted after full consideration of the Charter; Parliament enacted this new provision in response to the decisions of this Court and the Ontario Court of Appeal, affirmed by the Supreme Court of Canada, which declared the earlier law unconstitutional. Wary that the current provision would also be challenged in the courts, Parliament sought to further objectives which were less “symbolic” and which pursued what Parliament believed to be sound penal and electoral policy.<sup>101</sup>

[98] Before this Court, the Alberta government<sup>102</sup> argued enthusiastically that the electoral nature of these provisions should be recognized. Specifically, the Government of Alberta is concerned that if this Court characterizes this legislation purely as an exercise of the criminal law power, then the ability of provincial governments to disenfranchise prisoners will be called into question. This Court is not prepared in this case to consider the extent to which provincial governments may disenfranchise prisoners in provincial elections. In my opinion, the federal government enacted this legislation both as an exercise of its criminal law power and as an exercise of its right to legislate about electoral law. This is evident from what was said during the Parliamentary debate which preceded its enactment. I would say nothing about the extent to which electoral objectives may or may not properly motivate similar provincial legislation.

[99] Further, I would leave to philosophers the determination of the “true nature” of the disenfranchisement. It may be argued that this legislation does different things—it imposes a civil consequence, it fixes a civil disability, it imposes a criminal penalty,

que la loi ait été motivée par des objectifs semblables à ceux qui appuyaient auparavant l’incapacité totale, la présente mesure législative diffère suffisamment de l’ancienne pour commander un nouvel examen. Lorsqu’ils ont abordé cette question, le Rapport de la Commission Lortie, le Comité parlementaire et la Chambre des communes ont tous pris soin de noter la nature hybride, à la fois pénale et électorale, de cette disposition. De plus, le Parlement l’a édictée après avoir tenu pleinement compte de la Charte, en réaction aux décisions de cette Cour et de la Cour d’appel de l’Ontario, confirmées par la Cour suprême du Canada, qui avaient déclaré la disposition antérieure inconstitutionnelle. Conscient que la disposition actuelle serait elle aussi contestée devant les tribunaux, le Parlement a voulu viser des objectifs moins «symboliques», visant à mettre en œuvre ce que le Parlement considérait comme une politique pénale et électorale valable<sup>101</sup>.

[98] Devant la Cour, le gouvernement de l’Alberta<sup>102</sup> a plaidé énergiquement que la nature électorale de ces dispositions devait être reconnue. Le gouvernement de l’Alberta craint plus particulièrement que, si la Cour caractérise cette loi de pur exercice des pouvoirs en matière de droit criminel, la compétence des gouvernements provinciaux pour déclarer les prisonniers inhabiles soit remise en question. La Cour n’est pas disposée à se prononcer en l’espèce sur la question de savoir dans quelle mesure les gouvernements provinciaux peuvent déclarer les prisonniers inhabiles à voter à une élection provinciale. Selon moi, le gouvernement fédéral a édicté cette loi dans l’exercice à la fois de son pouvoir en matière de droit criminel et de son droit de légiférer en matière de droit électoral. Cela ressort nettement de ce qui a été dit pendant le débat parlementaire qui a précédé son adoption. Je ne me prononcerai pas sur la mesure dans laquelle des objectifs de nature électorale peuvent ou non motiver, à bon droit, la prise de pareilles mesures législatives par une province.

[99] Je laisserai aussi aux philosophes la question de la «véritable nature» de l’incapacité à voter. On pourrait plaider que la loi agit à différents égards—elle impose une conséquence civile, elle établit une incapacité civile, elle impose une sanction pénale, elle

it furthers a civic goal, it promotes an electoral goal, or it is part of the sentencing process. I believe that these arguments, made alone, are of limited assistance. There are elements of all these ideas and ideals at work here. Nonetheless, we are seized with the question of whether this legislation, in its objectives and effects, can be saved by section 1 of the Charter. In doing so, the words of the legislation and, to a lesser extent, the debates in Parliament are of paramount importance. Focussing exclusively on the nature of the disenfranchisement treats the Parliamentary process as something other than the complex, collective process that it is.

[100] Having found that the objectives of enhancement of civic responsibility and respect for rule of law and enhancement of the penal sanction were those which motivated Parliament, I agree with the Trial Judge that those objectives are sufficiently pressing and substantial as to warrant an infringement of a Charter right. While Mr. Peltz, on behalf of the McCorrister respondents, argues that these objectives are too abstract and symbolic to warrant the infringement of a Charter right, and while the breadth of the first objective is very wide indeed, I accept that fostering civic responsibility and respect for the rule of law is important enough, in some cases, to warrant compromise of Charter rights.<sup>103</sup> I am also of the view that the penal sanction may be utilized in ways that may compromise Charter rights. The Trial Judge considered the matter and concluded as follows:

At this stage, attention must be focussed on the democratic ideals which Canada, as a free and democratic society, fosters. There may well be no unified western tradition of political theory, but it is clear from the evidence in this trial that civic and moral responsibility are key components of our liberal democratic traditions. In fact, the preamble to the Charter declares that Canada is founded upon principles that recognize “the rule of law”. The rule of law may be the subject of a number of interpretations, such as a call to law and order, or a legal ordering of social life: J. Rawls, *A Theory of Justice* . . . , at pages 235-243. The ideals of the rule of law express the requirements of legal rules formulated in such a manner as to secure voluntary compliance with the standard of conduct which they set. Of course,

poursuit un but civique, elle favorise la réalisation d’un but électoral ou elle fait partie intégrante de la détermination de la peine. Je crois que ces arguments, seuls, ne sont que d’une utilité limitée. Des éléments de tous ces concepts ou idéaux sont en jeu en l’espèce. Nous sommes toutefois saisis de la question de savoir si la loi, compte tenu de ses objectifs et de ses effets, peut être validée par l’article premier de la Charte. Sur ce point, le libellé de la loi et, dans une moindre mesure, les débats du Parlement, revêtent une importance capitale. En s’intéressant exclusivement à la nature de l’inhabilité, on traiterai le processus parlementaire comme un processus différent du processus complexe et collectif qu’il constitue.

[100] Ayant conclu que le Parlement était motivé par les objectifs consistant à rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit et à faire ressortir les sanctions pénales, je partage l’opinion du juge de première instance selon laquelle ces objectifs sont suffisamment urgents et réels pour justifier une atteinte à un droit protégé par la Charte. Bien que M<sup>e</sup> Peltz ait fait valoir, au nom des intimés McCorrister, que ces objectifs sont trop abstraits et symboliques pour justifier une atteinte à un droit protégé par la Charte, et bien que la portée du premier objectif soit assez large, en fait, je reconnais que la promotion du sens du devoir civique et du respect de la primauté du droit sont assez importants, dans certains cas, pour justifier la restriction des droits garantis par la Charte<sup>103</sup>. Je crois aussi que la sanction pénale peut être utilisée d’une manière qui peut porter atteinte aux droits garantis par la Charte. Le juge de première instance a examiné cette question et tiré la conclusion qui suit:

À ce stade, il convient d’examiner avec attention les idéaux démocratiques que le Canada, comme société libre et démocratique, cherche à promouvoir. Il se peut que la théorie politique ne repose sur aucune tradition occidentale unifiée, mais il appert clairement de la preuve présentée en l’espèce que le sens du devoir civique et la responsabilité morale constituent des éléments clés de nos traditions démocratiques libérales. En fait, selon le préambule de la Charte, le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent «la primauté du droit». La primauté du droit peut se prêter à différentes interprétations, notamment la nécessité d’adopter des règles sur les questions d’intérêt public ou des règles régissant la vie en société: J. Rawls, *A Theory of Justice* [. . .], aux pages 235 à 243. Les idéaux sous-jacents

while no legal system can expect that all of its laws will be known by the public, it is nevertheless important, as part of the shaping of the voluntary social order, for persons to know in advance what the consequences of their actions might be: E. Colvin, “Criminal Law and The Rule of Law” in *Crime, Justice & Codification* . . ., at page 125.

Paragraph 51(e) of the CEA has a punitive aspect. There is little doubt that retribution is a concept that is not alien to criminal sanctions. Indeed, sentences are invariably partly punitive in nature. As stated by La Forest J. in *R. v. Lyons*, . . . at page 329: “In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender.” See also *R. v. Goltz*, . . . at page 503.<sup>104</sup>

[101] I adopt the conclusion of the Trial Judge on this issue.

### 3. Are these objectives rationally connected to the law which seeks to further them?

[102] In order to show that legislation which violates a Charter right is saved by section 1 of the Charter, the government must demonstrate that there is a rational connection between the objectives which it seeks to further and the means by which it has chosen to do so. As I have recently stated,<sup>105</sup> it is my view that a “rational connection” is just that—not a “proven connection” or an “established connection” but a “rational connection”. Discussion of the effects of the legislation, including calls for scientific and conclusive proof of alleged effects is best left to the assessment of proportionality, *infra*. It is my view that legislation will be rationally connected to its intended objective if it (a) is designed to meet its objective, (b) is not arbitrary; and, (c) is based on assumptions which, logically applied, further the objective.

[103] This view accepts and adopts the Supreme Court’s common-sense approach to defining the scope of the rational connection test. For example, in the

à la primauté du droit traduisent la nécessité de formuler des règles de droit de façon à assurer le respect volontaire de la norme de conduite fixée par lesdites règles. Bien entendu, il serait vain de souhaiter que toutes les règles d’un système de droit donné soient connues du public, mais il est important, pour façonner l’ordre social volontaire, de faire en sorte que les personnes sachent à l’avance quelles pourraient être les conséquences de leurs actes: E. Colvin, «Criminal Law and The Rule of Law» dans *Crime, Justice & Codification* [. . .], à la page 125.

L’alinéa 51e) de la LEC comporte un aspect punitif. Le châtement est sans doute un concept qui n’est pas étranger aux sanctions imposées en matière pénale. Effectivement, les peines sont, dans tous les cas, de nature punitive, du moins en partie. Comme l’a dit le juge La Forest dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [. . .], à la page 329: «Dans un système rationnel de détermination des peines, l’importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant». Voir également l’arrêt *R. c. Goltz*, [. . .], à la page 503<sup>104</sup>.

[101] Je souscris à la conclusion tirée par le juge de première instance sur ce point.

### 3. Existe-t-il un lien rationnel entre ces objectifs et la loi visant à les mettre en œuvre?

[102] Pour démontrer que la loi restreignant un droit garanti par la Charte est validée par l’article premier de la Charte, le gouvernement doit établir qu’il existe un lien rationnel entre les objectifs qu’elle vise et les moyens qu’il a choisis pour les atteindre. Comme je l’ai dit récemment<sup>105</sup>, j’estime qu’un «lien rationnel» n’est rien de plus—ni un «lien démontré» ni un «lien établi», mais un «lien rationnel». Le débat sur les effets de la loi, et notamment le recours à la preuve scientifique et concluante des effets allégués, appartient à plus juste titre à l’évaluation de la proportionnalité, dont il a été question plus tôt. Je crois qu’il existe un lien rationnel entre la loi et l’objectif qu’elle vise si la loi (a) est conçue pour atteindre son objectif, (b) n’est pas arbitraire et (c) s’appuie sur des prémisses qui, appliquées logiquement, poursuivent cet objectif.

[103] Ce raisonnement reconnaît et intègre la perception fondée sur le bon sens adoptée par la Cour suprême concernant la définition de la portée du

recent case of *M. v. H.*, Justices Cory and Iacobucci, speaking for the majority on the point, wrote simply that:

At the second stage of the s. 1 analysis, the focus shifts from the objective alone to the nexus between the objective of the provisions under attack and the means chosen by the government to implement this objective. As I have already stated, the means chosen include both the impugned provision and the omission in question. It falls to the party invoking s. 1 to demonstrate that there is a rational connection between the objective and the means.<sup>106</sup> [Citation omitted.]

[104] In *Thomson Newspapers*, Gonthier J., dissenting on other grounds, described the common-sense view of the rational connection test in the following manner:

“The essence of rational connection is a causal relationship between the objective of the law and the measures enacted by the law. *This is often a difficult matter to establish by evidence*, and the Supreme Court of Canada has not always insisted on direct proof of the causal relationship.” . . . In *RJR-MacDonald*, supra, the Court unanimously agreed that a causal relationship between advertising and tobacco product consumption could be based either on common sense, reason, or logic (La Forest J., at para. 86, McLachlin J., at paras. 156-58, and Iacobucci J., at para. 184), even though the evidence may be admittedly inconclusive. In *Butler*, supra, Sopinka J. found, at p. 502, that it was “reasonable to presume” that there is a causal relationship between obscenity and harm to society. Similarly, in *Ross*, supra, La Forest J., writing for the Court, held, at para. 101, that it was “reasonable to anticipate” that there is a causal link between anti-Semitic activity by school teachers outside school and discriminatory attitudes within school.<sup>107</sup> [Citation omitted.]

[105] In this case, the Trial Judge properly found that the legislation was rationally connected to its objectives despite a lack of empirical evidence. With regard to the first objective, the Trial Judge considered at length the expert evidence and held that there was a rational connection between disenfranchisement and the enhancement of civic responsibility and the rule of law. He seems to have accepted the evidence of Dr. Thomas Pangle and Dr. Christopher Manfredi, who testified that a legislative objective of enhancing

critère du lien rationnel. Par exemple, dans l’affaire récente *M. c. H.*, les juges Cory et Iacobucci, qui se sont exprimés au nom de la majorité sur cette question, ont déclaré simplement:

À la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’article premier, l’accent ne porte plus seulement sur l’objectif mais sur le lien entre l’objectif des dispositions contestées et les moyens choisis par le gouvernement pour mettre en œuvre cet objectif. Comme je l’ai déjà dit, les moyens choisis comprennent à la fois la disposition contestée et l’omission en cause. Il incombe à la partie qui invoque l’article premier de démontrer qu’il existe un lien rationnel entre l’objectif et les moyens<sup>106</sup>. [Citation omise.]

[104] Dans *Thomson Newspapers*, le juge Gonthier, dissident pour d’autres motifs, a décrit ainsi la perception fondée sur le bon sens du critère du lien rationnel:

[TRADUCTION] «L’essence du lien rationnel est l’existence d’un lien de causalité entre l’objectif de la règle de droit et les mesures édictées par celle-ci. Ce lien de causalité est souvent difficile à établir en preuve, et la Cour suprême du Canada n’a pas toujours insisté pour qu’on en fasse la preuve directe» [. . .] Dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, la Cour a accepté à l’unanimité qu’un lien de causalité entre la publicité et la consommation de produits du tabac pouvait être fondé sur le bon sens, la raison ou la logique (le juge La Forest, au par. 86; le juge McLachlin, aux par. 156 à 158; et le juge Iacobucci, au par. 184), même si la preuve peut, reconnaît-on, être non concluante. Dans *Butler*, précité, le juge Sopinka a conclu, à la p. 502, qu’il est «raisonnable de supposer» qu’il existe un lien de causalité entre l’obscénité et le préjudice causé à la société. De même, dans *Ross*, précité, le juge La Forest, s’exprimant au nom de la Cour, a conclu, au par. 101, qu’il était «raisonnable de s’attendre» à ce qu’il existe un lien de causalité entre les activités antisémites d’enseignants à l’extérieur des écoles et les attitudes discriminatoires qui avaient cours à l’intérieur de celles-ci<sup>107</sup>. [Citation omise.]

[105] En l’espèce, le juge de première instance a eu raison de conclure qu’il existait un lien rationnel entre la loi et ses objectifs, malgré l’absence de preuve empirique. En ce qui a trait au premier objectif, le juge de première instance a examiné en détail la preuve d’expert et statué qu’il existait un lien rationnel entre l’incapacité à voter, d’une part, et un accroissement du sens du devoir civique et du respect de la primauté du droit, d’autre part. Il semble avoir retenu la preuve émanant de MM. Thomas Pangle et

civic responsibility and fostering respect for the rule of law was rationally connected to legislation which denounces disrespect for the process of law and for the social contract, and which restricts the franchise as a means of showing connection to the Canadian polity.<sup>108</sup>

[106] I agree with the Trial Judge that the legislation is rationally connected to the government's first objective. While it can be argued that all legislative action is meant to foster civic responsibility and enhance respect for the rule of law, a government may infringe a Charter right in order to foster objectives which are broadly stated. An abstract governmental objective is not, in and of itself, irrational. Undue breadth, of course, may give rise to difficulty at other stages of the test, but the rationality of an objective cannot be undermined by its breadth alone.

[107] With respect to the second objective, the Trial Judge concluded at page 892 of his reasons that there was a rational connection between the disenfranchisement of prisoners and the objective of furthering the criminal sanction. He wrote:

While there is no empirical evidence to suggest that the disenfranchisement of prisoners reduces crime (either generally or specifically), or serves a morally educative function, or could operate as an effective punitive sanction, I find that a rational connection exists between the impugned provision and the stated objective of enhancing the criminal sanction. As an aid to punishment, the provision clearly imposes a sanction, and denounces bad conduct. In the present case, the sanction takes the form of a disenfranchisement, in addition to the loss of liberty. A fundamental democratic right has been removed for crimes committed, and its removal is clearly felt as a deprivation by Mr. Sauvé and Mr. Spence. It is also reasonable to conclude that a morally educative message is sent to offenders, and possibly to the general population, by the imposition of a sanction. Of course, the message may not be heard or understood, but that does not diminish the connection between the means and the second objective.

Christopher Manfredi, dont le témoignage portait qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif législatif consistant à rehausser le sens du devoir civique et à promouvoir le respect de la primauté du droit et des mesures législatives qui réprouvent le manque de respect pour la voie légale et le contrat social, et restreignent l'habilité à voter comme moyen de démontrer un lien avec le régime politique canadien<sup>108</sup>.

[106] Je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire qu'il existe un lien rationnel entre la loi et le premier objectif du gouvernement. Bien qu'il soit possible de prétendre que toutes les mesures législatives visent à rehausser le sens du devoir civique et le respect de la primauté du droit, un gouvernement peut restreindre un droit garanti par la Charte pour favoriser l'atteinte d'objectifs formulés en termes généraux. Un objectif gouvernemental abstrait n'est pas, en soi, irrationnel. Un objectif formulé en des termes démesurément larges peut, bien sûr, créer des difficultés à d'autres étapes du critère, mais le caractère rationnel d'un objectif ne peut être diminué du seul fait de sa portée très large.

[107] En ce qui concerne le deuxième objectif, le juge de première instance a conclu, à la page 892 de ses motifs, qu'il existait un lien rationnel entre l'incapacité à voter des prisonniers et l'objectif consistant à mettre en relief la sanction pénale:

Même s'il n'existe pas de données empiriques indiquant que l'incapacité à voter des prisonniers abaisse le crime (que ce soit de façon générale ou spécifique), qu'elle joue un rôle éducatif ou qu'elle pourrait constituer une punition efficace, j'estime qu'il existe un lien rationnel entre la disposition attaquée et l'objectif avoué de mettre en relief la sanction pénale. Comme auxiliaire à la peine imposée, il est bien certain que la disposition impose une sanction et dénonce la mauvaise conduite. Dans la présente affaire, la sanction prend la forme de la perte du droit de vote en plus de la perte de la liberté. Un droit démocratique fondamental a été retiré par suite des crimes qui ont été commis et MM. Sauvé et Spence considèrent indéniablement la suppression de ce droit comme une privation. Il est également raisonnable de conclure que l'imposition d'une sanction transmet un message moralisateur aux contrevenants et peut-être même à l'ensemble de la population. Bien entendu, il se peut que le message ne soit ni entendu ni compris, mais cette possibilité n'atténue pas le lien entre le moyen et le second objectif.

[108] I concur with the Trial Judge and adopt his reasoning on this issue. In the result, I would find that the legislation is rationally connected to the pressing and substantial objectives which motivated it.

4. Does paragraph 51(e) of the CEA impair the Charter right in an appropriately minimal way?

[109] The minimal impairment test seeks to determine whether the impugned state action impairs the right in an appropriately minimal way. The earliest cases demanded that Parliament use the “least restrictive means” to achieve its legislative objectives. Even in early cases, however, the Supreme Court sought to infuse flexibility into the *Oakes* test, realizing that a rigid application of a minimal impairment test would run the risk of improperly usurping the role of Parliament and “substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line”.<sup>109</sup> Over time the Supreme Court also spoke of a “modified” section 1 test in situations where Parliament has chosen a balance between competing groups. Under the modified approach, the question is more appropriately whether Parliament could reasonably have chosen alternative means which would have impaired the right in question less or not at all but which would have achieved the identified objective as effectively. By contrast, it was said that where the state acts as a “singular antagonist” against an individual, courts must examine the impugned legislation more strictly.<sup>110</sup> In this case, the Trial Judge correctly considered several, more recent cases noting that Parliament need not adopt the absolutely least-intrusive means of attaining its objectives.<sup>111</sup>

[110] In the recent case of *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, La Forest J., writing for a unanimous court, summarized the test for minimal impairment in this fashion:

[108] Je partage l’opinion du juge de première instance et je retiens son raisonnement sur ce point. En bout de ligne, je conclurais qu’il existe un lien rationnel entre la loi et les objectifs urgents et réels qui en ont motivé l’adoption.

4. L’atteinte portée par l’alinéa 51e) de la LEC au droit garanti par la Charte est-elle minimale?

[109] Le critère de l’atteinte minimale exige qu’on détermine si l’atteinte portée au droit en cause par la mesure contestée est minimale. La jurisprudence la plus ancienne exigeait que le Parlement ait recours au «moyen le moins restrictif» pour mettre en œuvre ses objectifs législatifs. Toutefois, même dans les décisions rendues au tout début, la Cour suprême a tenté d’insuffler une certaine souplesse au critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, car elle était consciente qu’une application rigide du critère de l’atteinte minimale risquerait d’amener les tribunaux à usurper indûment le rôle du législateur fédéral et à «substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l’endroit où tracer une ligne de démarcation<sup>109</sup>». Avec le temps, la Cour suprême a aussi parlé d’un critère «modifié» établi par l’article premier dans les cas où le Parlement a choisi de trouver un équilibre entre des groupes concurrents. Selon cette démarche modifiée, la question à laquelle il convient plutôt de répondre est celle de savoir si le Parlement aurait raisonnablement pu choisir des moyens qui n’auraient pas autant, ou pas du tout porté atteinte au droit, tout en favorisant aussi efficacement la réalisation de l’objectif visé. Par contraste, la Cour a affirmé que dans les cas où l’État agit plutôt comme «adversaire singulier» d’un individu, les tribunaux doivent procéder à un examen plus strict des mesures législatives contestées<sup>110</sup>. En l’espèce, le juge de première instance a eu raison de tenir compte de plusieurs décisions plus récentes soulignant qu’il n’est pas nécessaire que le Parlement adopte les moyens les moins radicaux de mettre en œuvre ses objectifs<sup>111</sup>.

[110] Dans le récent pourvoi *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, le juge La Forest a résumé ainsi, au nom de la Cour à l’unanimité, le critère d’appréciation de l’atteinte minimale:

In *RJR-MacDonald*, *supra*, at p. 342, McLachlin J. reasoned that an impairment must be minimal to the extent that it impairs the right no more than is necessary. She stated:

The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement.<sup>112</sup>

[111] In assessing minimal impairment, a court must therefore accord some deference to Parliament. In a case such as this, one matter which must be settled is the appropriate level of deference which this Court must show to Parliament on this issue.

[112] In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. wrote (for a majority of the Court) that the context of each case would determine the amount of deference given by the courts to Parliament's impairment of the Charter right.<sup>113</sup> He instructed that factors which determine the level of deference included the vulnerability of the group sought to be protected,<sup>114</sup> the presence of a logical inference refuting the existence of harm or social problem,<sup>115</sup> the opposition of group interests,<sup>116</sup> and whether the harm against which the legislation is intended to act is actual or potential.<sup>117</sup>

[113] The context of each case must determine the level of deference to be shown to Parliament. While it is important to consider the state's position as "singular antagonist", that cannot and does not end the question of context.<sup>118</sup> For example, in *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, the Supreme Court considered the constitutional validity of restrictions on tobacco advertising. Like this case, *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, dealt with Parliamentary use of the criminal law power outside the *Criminal Code*. McLachlin J. reasoned that the "singular antagonist" test is not always easy to apply, and in many cases cannot in and of itself form a complete analysis of deference:

Aux pages 342 et 343 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin explique que la restriction doit être minimale de façon à ce que l'atteinte au droit ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Elle ajoute:

Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation<sup>112</sup>.

[111] Lorsqu'il évalue l'atteinte minimale, le tribunal doit donc faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du législateur. Dans une affaire comme celle dont la Cour est saisie, il faut déterminer quel degré de retenue s'impose sur ce point.

[112] Dans *Thomson Newspapers*, précité, le juge Bastarache a écrit (dans l'opinion majoritaire) que la retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard de la restriction par le Parlement d'un droit garanti par la Charte est tributaire du contexte de chaque cause<sup>113</sup>. Il a indiqué que les facteurs à prendre en compte pour déterminer le degré de retenue requis sont notamment la vulnérabilité du groupe qu'on veut protéger<sup>114</sup>, l'existence d'inférences logiques réfutant l'existence d'un préjudice ou problème social<sup>115</sup>, l'opposition de groupes d'intérêt<sup>116</sup> et le caractère réel ou éventuel du préjudice que la loi est destinée à contrer<sup>117</sup>.

[113] Le contexte de chaque cause doit déterminer le degré de retenue dont doit bénéficier le Parlement. Bien qu'il soit important de tenir compte de la position d'«adversaire singulier» de l'État, cet élément ne peut être et n'est pas le seul élément déterminant quant au contexte<sup>118</sup>. Par exemple, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc.*, précité, la Cour suprême s'est penchée sur la validité constitutionnelle de restrictions à la publicité sur le tabac. À l'instar de la présente espèce, ce pourvoi portait sur l'exercice du pouvoir du législateur fédéral en matière criminelle, en dehors du *Code criminel*. Selon le raisonnement adopté par le juge McLachlin, le critère de l'«adversaire singulier» n'est pas toujours facile à appliquer et, dans bien des cas, il ne peut constituer en soi une analyse complète de la question de la retenue:



Related to context is the degree of deference which the courts should accord to Parliament. . . . For example, it has been suggested that greater deference to Parliament or the Legislature may be appropriate if the law is concerned with the competing rights between different sectors of society than if it is a contest between the individual and the state: *Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94; *Stoffman v. Vancouver General Hospital, . . .*, at p. 521. However, such distinctions may not always be easy to apply. For example, the criminal law is generally seen as involving a contest between the state and the accused, but it also involves an allocation of priorities between the accused and the victim, actual or potential. The cases at bar provide a cogent example. We are concerned with a criminal law, which pits the state against the offender. But the social values reflected in this criminal law lead La Forest J. to conclude that “the Act is the very type of legislation to which this Court has generally accorded a high degree of deference” (para. 70). This said, I accept that the situation which the law is attempting to redress may affect the degree of deference which the court should accord to Parliament’s choice. The difficulty of devising legislative solutions to social problems which may be only incompletely understood may also affect the degree of deference that the courts accord to Parliament or the Legislature. As I wrote in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, . . .*, at p. 248, “some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive”.<sup>119</sup> [Emphasis added; citations omitted.]

[114] In the context of this case, the Parliament has chosen to deny the rights of a group of relatively powerless people—those serving prison sentences of two years or more—and must therefore be subject to a certain degree of scrutiny regarding its choice to do so. On the other hand, this statute represents an example of the state setting the ground rules for its electoral process. While the notion of ensuring a “decent” or “moral” electorate may have little place in today’s society, it is Parliament’s role to maintain and enhance the integrity of the electoral process.<sup>120</sup> Such considerations are by definition political and therefore warrant deference. This statute also represents an exercise of the criminal law power which is necessarily linked to the criminal sanction. It is my view that Parliament is entitled to a great deal of deference

Relié au contexte, il y a le degré de respect dont les tribunaux doivent faire preuve envers le Parlement [. . .] Par exemple, on a affirmé qu’il y aurait lieu de faire preuve d’un plus grand respect pour le législateur fédéral ou provincial dans le cas où une loi vise les droits contradictoires de divers secteurs de la société, que dans le cas où il s’agit d’une contestation entre le particulier et l’État: *Irwin Toy, précité*, aux pp. 993 et 994; *Stoffman c. Vancouver General Hospital, [. . .]*, à la p. 521. Cependant, ces distinctions pourraient ne pas être toujours faciles d’application. Par exemple, on considère généralement que le droit criminel opposera l’État et l’accusé; cependant, il nécessitera aussi une répartition des priorités entre l’accusé et la victime, véritable ou éventuelle. Les présents pourvois offrent un exemple convaincant. Nous sommes en présence d’une loi de nature pénale, qui oppose l’État et le contrevenant. Cependant, les valeurs sociales présentes dans cette loi amènent le juge La Forest à conclure que «la Loi est précisément le type de loi envers laquelle notre Cour a généralement fait preuve d’une grande retenue» (par. 70). Cela dit, je reconnais que le problème auquel la loi tente de remédier risque d’avoir une incidence sur le degré de respect dont le tribunal devrait faire preuve à l’égard du choix du Parlement. De même, la difficulté de concevoir des solutions législatives à des problèmes sociaux qui pourraient bien n’être que partiellement compris peut aussi avoir une incidence sur le degré de respect dont les tribunaux feront preuve envers le législateur fédéral ou provincial. Comme je l’ai affirmé dans l’arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada, [. . .]*, à la p. 248: «il convient d’avoir de l’égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d’application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive»<sup>119</sup>. [Non souligné dans l’original; citations omises.]

[114] En l’espèce, le Parlement a choisi de retirer un droit à un groupe de personnes relativement dénuées de pouvoir—celles qui purgent une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus—et ce choix est assujéti, pour cette raison, à un examen assez sévère. Par contre, la loi en cause est un exemple de l’établissement par l’État des règles fondamentales régissant son processus électoral. Même si la notion de constitution d’un électorat «honnête» et «responsable» n’occupe peut-être plus une bien grande place dans la société actuelle, il incombe au Parlement de préserver et de rehausser l’intégrité du processus électoral<sup>120</sup>. De telles considérations sont, par définition, de nature politique et doivent bénéficier d’une certaine retenue. La loi contestée constitue aussi un exercice du pouvoir en matière de droit pénal, qui est nécessairement lié à la

when it makes choices regarding penal policy. In *R. v. Goltz*, the Supreme Court held that a mandatory minimum sentence imposed by the British Columbia *Motor Vehicle Act* [R.S.B.C. 1979, c. 288] did not infringe the guarantee against cruel or unusual punishment found in section 12 of the Charter. Speaking for a majority of the Court, La Forest J. wrote that Parliament's choices regarding the gravity of offences and the punishment which follows from conviction are entitled to considerable deference:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function, the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest cases.<sup>121</sup>

[115] It is also notable that the Supreme Court has upheld mandatory sentences as constitutionally valid,<sup>122</sup> and that upper limits on fixed term sentences were held inappropriate in certain cases. In *R. v. M. (C.A.)* [[1996] 1 S.C.R. 500], the Supreme Court held that a sentence beyond that fixed by the *Criminal Code* may, in the appropriate context, advance the traditional continuum of sentencing goals ranging from deterrence, denunciation and rehabilitation to the protection of society.<sup>123</sup>

[116] I recognize that both Hugessen J.A. [in *Belczowski*] and Arbour J.A. [in *Sauvé*] felt that the predecessor to this statute, which disenfranchised all prisoners, should be strictly scrutinized. I agree completely that in the context of those cases strict scrutiny was warranted. Since those decisions, however, there has been considerable change, not only in the narrowing of the impugned legislation and in the application of the *Oakes* test, as discussed above, but

sanction criminelle. J'estime que le Parlement a droit à une grande retenue relativement à ses choix en matière de politique pénale. Dans l'affaire *R. c. Goltz*, la Cour suprême a statué qu'une peine minimale obligatoire imposée par la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique [R.S.B.C. 1979, ch. 288] n'était pas contraire à la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités prévue par l'article 12 de la Charte. S'exprimant au nom de la majorité des membres de la Cour, le juge La Forest a précisé que les choix du Parlement concernant la gravité des infractions et la sévérité de la peine infligée à la suite d'une condamnation doivent bénéficier d'une retenue considérable:

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes<sup>121</sup>.

[115] Il faut aussi noter que la Cour suprême a reconnu la validité constitutionnelle des peines obligatoires<sup>122</sup> et que les plafonds des peines d'une durée déterminée ont été jugées inappropriés dans certains cas. Dans l'affaire *R. c. M. (C.A.)* [[1996] 1 R.C.S. 500], la Cour suprême a statué qu'une peine plus longue que celle prévue par le *Code criminel* peut, dans les cas opportuns, favoriser le continuum traditionnel des objectifs de la détermination de la peine, qui vont de la dissuasion à la protection de la société, en passant par la réprobation et la réadaptation<sup>123</sup>.

[116] Je reconnais que les juges Hugessen J.A. [dans l'arrêt *Belczowski*] et Arbour J.A. [dans l'arrêt *Sauvé*] croyaient que les dispositions remplacées par la présente loi, qui privaient tous les prisonniers de leur droit de vote, devaient faire l'objet d'un examen strict. Je partage entièrement leur opinion selon laquelle, dans le contexte de ces affaires, un examen strict est justifié. Depuis ces décisions, des changements considérables se sont produits, non seulement en ce qui

also in the views of Canadians regarding the penal sanction. This Court can appropriately note that since 1992 Canada has seen two federal elections in which views of crime and punishment were important. Since 1992, Canada's denunciation of crime and criminal behaviour has grown louder. The federal government has strengthened many aspects of the criminal law in an attempt to reflect the growing intolerance of crime in our communities. It is noteworthy that Parliament has also expended resources seeking alternatives to incarceration, and placing emphasis on victim's rights. While it is important to remember that the Charter exists to protect vulnerable people from oppressive public moods, it is also important to be sensitive to legitimate changes in Parliamentary attitudes toward what is and is not sound penal policy. In the instant case, Parliament debated the measure in question vigorously and sought to respond to the constitutional concerns that this Court and the Ontario Court of Appeal raised with regard to the previous legislation. In its consideration of the former legislation, the Supreme Court had an opportunity to state that Parliament could not disenfranchise prisoners. It did not do so, choosing only to state that the former legislation was too broad. This left Parliament the option of enacting narrower legislation.

[117] In this case, the Trial Judge recognized that some deference was warranted, but held that Parliament's choice was seriously flawed by its lack of consideration of an individualized, court-based disenfranchisement. At page 897 of his reasons he wrote that:

The legislative history of paragraph 51(e) of the CEA displays virtually no consideration of a court based process where disqualification is considered as part of sentencing. What the legislative history does reveal, in somewhat vague terms, is an apparent desire to keep the matter out of the courts. In the House of Commons Debates, some reference was made to the issue of whether or not a criminal like

concerne la réduction de la portée de la loi contestée et l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, comme je l'ai déjà expliqué, mais également en ce qui a trait à l'attitude des Canadiens relativement à la sanction pénale. La Cour peut à bon droit noter que, depuis 1992, le Canada a connu deux élections fédérales dans lesquelles les points de vue sur la criminalité et le châtime ont joué un rôle important. Depuis 1992, la criminalité et les comportements criminels sont réprochés avec de plus en plus de force au Canada. Le gouvernement fédéral a renforcé de nombreux aspects du droit criminel dans le but de donner écho à l'intolérance croissante face au crime qu'on peut constater dans nos collectivités. Il convient de mentionner que le Parlement a aussi affecté davantage de ressources à la recherche de solutions de rechange à l'incarcération et a mis l'accent sur les droits des victimes. Certes, il importe de se rappeler que la raison d'être de la Charte est de protéger les personnes vulnérables des humeurs abusives de la population, mais il faut aussi être sensible aux changements légitimes dans les attitudes du Parlement à l'égard de ce qui constitue ou non une saine politique pénale. En l'espèce, le Parlement a tenu un débat animé sur la mesure en cause et tenté de remédier aux problèmes constitutionnels soulevés par la présente Cour et par la Cour d'appel de l'Ontario relativement à l'ancienne disposition législative. Lors de son examen de la disposition maintenant abrogée, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'affirmer que le Parlement ne pouvait pas priver les détenus de leur droit de vote. Elle s'en est abstenue, choisissant plutôt de statuer que l'ancienne législation avait une portée trop large. Elle a ainsi laissé au Parlement la possibilité d'édicter une loi de portée plus étroite.

[117] En l'espèce, le juge de première instance a reconnu qu'une certaine retenue était justifiée, mais il a statué que le choix du Parlement comportait une grave lacune du fait qu'il n'avait pas envisagé le retrait individualisé du droit de vote par les instances judiciaires. À la page 897 de ses motifs, il affirme:

En adoptant l'alinéa 51e) de la LEC, le législateur n'a pas envisagé la possibilité de confier aux tribunaux la tâche de déterminer, lors du prononcé de la peine, si l'accusé devrait perdre son droit de vote. L'évolution de la disposition législative indique, de façon plutôt imprécise, une volonté apparente de tenir les tribunaux à l'écart en ce qui a trait à l'examen de cette question. Au cours des Débats de la

Clifford Olsen should be permitted to vote. With disqualification on a case-by-case basis, a clearly indecent and immoral offender like Clifford Olsen could, as a consequence, be disenfranchised by sentence of the court.

[118] The Trial Judge reasoned that courts are central to sentencing, and that judge-imposed disenfranchisement would be a less intrusive manner of achieving the legislative objective. The Trial Judge also reasoned that court-imposed disqualification would be more widely communicated than the current legislation:

As I shall discuss later, prisoner disenfranchisement is not well-known or visible in Canada. Certainly, any contemplated reform of the law, if pursued, could take this obvious consideration into account. The communication of sanctions to the public is the only obvious way for them to be effective. No doubt, minimizing disparity is an important goal, and perhaps only legal specialists can find their way through the maze of judge-made law; nevertheless, the public has a greater chance of being informed of the prisoner disenfranchisement through a court imposed disqualification, rather than under the current scheme.

The defendants' experts have provided a number of thoughtful and compelling arguments supporting disenfranchisement. If Parliament decides to pass another law, there is no reason why these arguments could not inform the criteria that could be selected. A sentencing judge could take into account the nature of the crime and the personal circumstances of the accused in conjunction with the principles of sentencing: *R. v. Goltz, supra*. This process would, in my opinion, be a significantly less intrusive, and equally effective means of infringing a citizen's democratic right to vote. If a judge is entrusted with the responsibility of taking away a person's liberty, should he or she not also be charged with the responsibility of determining if disenfranchisement is warranted?<sup>124</sup>

[119] With great respect for the thoughtful reasons of the Trial Judge, I believe he erred in coming to the conclusion that he did.

[120] First, it is important to recall that this law was carefully tailored to affect only Canada's most serious offenders. In order for a person to be disenfranchised, that person must be convicted beyond a reasonable

Chambre des communes, certains se sont demandé si un criminel comme Clifford Olsen devrait être autorisé à voter. Si l'inhabilité à voter était examinée dans chaque cas, un contrevenant manifestement malhonnête et immoral comme Clifford Olsen pourrait bien être déclaré inhabile à voter par le tribunal qui prononce la sentence.

[118] Selon le raisonnement adopté par le juge de première instance, les tribunaux sont au cœur du processus de détermination de la peine et le retrait du droit de vote par voie judiciaire constituerait un moyen moins radical d'atteindre l'objectif visé par la loi. Le juge de première instance a de plus exprimé l'avis que l'inhabilité prononcée par le tribunal serait communiquée à plus grande échelle que sous le régime de la loi actuelle:

Comme je le mentionne plus loin, l'inhabilité à voter des prisonniers n'est pas bien connue ni n'est bien visible au Canada. Ce facteur pourrait certainement être pris en compte lors de toute réforme envisagée de la règle de droit. La communication des sanctions au public est le seul moyen évident d'en assurer l'efficacité. L'atténuation des disparités est certes un objectif important et seuls les juristes pourront peut-être s'y retrouver dans le dédale des décisions judiciaires; néanmoins, si l'interdiction de voter est imposée par un tribunal plutôt que par le législateur, comme c'est le cas actuellement, le public aura plus de chances d'être informé du retrait du droit de vote au prisonnier.

Les témoins experts des défendeurs ont présenté un certain nombre d'arguments sérieux et convaincants à l'appui de l'inhabilité à voter. Si le Parlement décide d'adopter une autre loi, il n'y a aucune raison pour laquelle ces arguments ne pourraient former les critères qui seraient retenus. Le juge qui prononce la peine pourrait tenir compte de la nature du crime et des circonstances personnelles de l'accusé en même temps que des principes sous-jacents à la détermination de la peine: arrêt *R. c. Goltz*, précité. À mon avis, il s'agirait là d'un moyen beaucoup moins envahissant et tout aussi efficace de restreindre le droit de vote du citoyen. Si le juge est investi de la responsabilité de priver une personne de sa liberté, ne devrait-il pas également avoir pour tâche de déterminer si l'inhabilité à voter est justifiée?<sup>124?</sup>

[119] Malgré les motifs réfléchis prononcés par le juge de première instance, je crois qu'il a tiré une conclusion erronée.

[120] Premièrement, il est important de se rappeler que la loi a été soigneusement adaptée pour ne toucher que les contrevenants canadiens coupables des infractions les plus graves. Une personne ne peut perdre son

doubt of a serious offence and be sentenced to prison for a period not less than two years. In our criminal justice system, a jail term of two years or more is a serious matter, normally leading to incarceration in a federal penitentiary.<sup>125</sup> On average, people who are sentenced to jail terms exceeding two years are guilty of serious offences like homicide, rape or robbery or are multiple offenders. For example, as of April 6, 1995, the average number of convictions per federal inmate was estimated at 29.5 convictions. A full discussion of these statistics follows, *infra*. Further, the disqualification only applies to those actually incarcerated after being sentenced to jail terms of two years or more. Those accused who are out on bail may vote in federal elections, as well as those who are out on parole, or those who have been convicted and are released pending appeal. While the earlier provision was struck down on the basis that the actual objectives were inappropriate and not rationally connected to the legislation, the same cannot be said of this provision. Parliament studied the matter and was aware of which crimes may yield sentences of two years or more (see the table reproduced below), and, listening to this Court and to the Ontario Court of Appeal, tailored a law which was aimed at disenfranchising only Canada's most serious offenders.

[121] Second, the Trial Judge himself noted that the legislative history reveals that Parliament, in tailoring this law, considered and rejected judge-imposed disenfranchisement, citing "an apparent desire to keep the matter out of the courts".<sup>126</sup> It is obvious that the additional complexity which would be added to the sentencing exercise and the extra resources required to administer such a system was not attractive to Parliament. Further, the right to vote could depend on the effectiveness of counsel in their submissions on sentencing, something that is clearly unacceptable, considering the importance of section 3 in our society.

droit de vote que si elle est déclarée coupable hors de tout doute raisonnable d'une infraction grave et que si elle est condamnée à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus. Dans notre système de justice pénale, une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus est une chose grave qui entraîne normalement l'incarcération dans un pénitencier fédéral<sup>125</sup>. En général, les personnes condamnées à un emprisonnement de plus de deux ans ont été déclarées coupables d'infractions graves, notamment de meurtre, de viol ou de vol qualifié, ou sont des récidivistes. Par exemple, le 6 avril 1995, le nombre de condamnations par détenu fédéral était estimé en moyenne à 29,5. Je traiterai en détail de ces statistiques plus loin. De plus, l'inhabilité ne touche que les personnes effectivement incarcérées après avoir été condamnées à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus. Les accusés qui sont en liberté sous caution peuvent voter aux élections fédérales, tout comme les personnes qui bénéficient d'une libération conditionnelle et celles qui ont été déclarées coupables, mais qui ont été remises en liberté jusqu'à l'issue de leur appel. L'ancienne disposition a été invalidée parce que ses véritables objectifs n'étaient pas appropriés et qu'il n'existait pas de lien rationnel entre eux et la loi, mais on ne peut en dire autant de la disposition actuelle. Le Parlement a étudié la question et savait quels crimes étaient punissables d'une peine de deux ans ou plus (voir le tableau ci-dessous); il a tenu compte des propos de cette Cour et de la Cour d'appel de l'Ontario pour concevoir des mesures législatives adaptées qui priveraient de leur droit de vote uniquement les auteurs des infractions les plus graves commises au Canada.

[121] Deuxièmement, le juge de première instance lui-même a noté que l'historique législatif révèle que le Parlement a adapté la loi après avoir envisagé et rejeté l'inhabilité à voter prononcée par un juge, citant «une volonté apparente de tenir les tribunaux à l'écart en ce qui a trait à l'examen de cette question»<sup>126</sup>. Il est évident que la complexité additionnelle qui serait ajoutée à l'exercice de détermination de la peine et les ressources supplémentaires requises pour administrer un tel système n'avaient rien d'attrayant pour le Parlement. En outre, le droit de vote pourrait dépendre de l'efficacité de la plaidoirie des avocats sur la

That Parliament considered and rejected that option should be a signal to the courts that it was acting neither arbitrarily nor in haste. In my respectful view, Parliament need not examine the finest details of each and every option open to them in order to warrant deference. Nor must Parliament choose the absolutely least intrusive means of achieving a legislative goal, particularly where one objective of the law is to loudly denounce serious criminal behaviour. Before coming to this conclusion, Parliament expressly considered the Lortie Commission recommendation that prisoners serving a sentence of ten years or more be disenfranchised, following which it considered and rejected a motion to enact the disenfranchisement on sentences of five years or more, as well as a motion to repeal the disenfranchisement entirely. While it cannot be said that Parliament expressly considered disenfranchisement following conviction for a particular list of crimes, Parliament was aware that the provision they chose would attach to a finite number of crimes, i.e., those which can yield sentences of two years or more. All of these options were weighed and rejected. It cannot be said in this case that Parliament acted arbitrarily, or that Parliament insufficiently considered the matter, or that it chose an unreasonable solution to this difficult social problem.

[122] Third, while the *Harvey* case, *supra*, is not squarely on point, its analysis of minimal impairment is instructive. In that case, the Supreme Court considered the constitutionality of a provision of the New Brunswick *Elections Act* which prohibited people from running in elections within five years of being convicted of electoral fraud. Writing for the majority, La Forest J. considered the “pre-determined” disqualification of persons and, as in this case, considered the argument that a fixed period of disqualification was unduly onerous because people would be affected based in part on chance, i.e., how many elections fell during their period of disqualification. He wrote that a fixed period of disqualification was appropriate:

question de la peine, ce qui serait nettement inacceptable, compte tenu de l'importance de l'article 3 dans notre société. Le fait que le législateur ait envisagé et rejeté cette solution devrait indiquer aux tribunaux qu'il n'a pas agi arbitrairement ou à la hâte. Je suis d'avis que le Parlement n'est pas tenu d'examiner dans le menu détail chacune des solutions possibles pour pouvoir bénéficier de la retenue judiciaire. Il n'est pas non plus obligé de choisir le moyen le moins radical de réaliser un objectif législatif, plus particulièrement lorsque la loi a notamment pour objectif de réprimer fortement un comportement criminel grave. Avant d'arriver à cette conclusion, le Parlement a étudié expressément la recommandation de la Commission Lortie voulant que les prisonniers purgeant une peine de dix ans ou plus soient privés de leur droit de vote, après quoi il a examiné et rejeté une motion visant à édicter l'incapacité à voter lorsqu'une peine de cinq ans ou plus a été infligée, ainsi qu'une motion visant l'abolition pure et simple de l'incapacité à voter. Bien qu'on ne puisse affirmer que le législateur a expressément envisagé le retrait du droit de vote pour une liste donnée d'infractions, il était conscient que la disposition retenue s'appliquerait à un nombre précis d'infractions, soit celles pouvant entraîner une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus. Toutes ces possibilités ont été examinées et rejetées. On ne saurait dire qu'en l'espèce le Parlement a agi arbitrairement, qu'il n'a pas étudié suffisamment la question ou qu'il a retenu une solution déraisonnable pour régler cet épineux problème social.

[122] Troisièmement, bien que l'arrêt *Harvey*, précité, ne porte pas directement sur cette question, l'analyse qui y est faite de l'atteinte minimale est éclairante. Dans cette affaire, la Cour suprême s'est penchée sur la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick qui interdisait aux personnes reconnues coupables de manœuvre électorale frauduleuse de se porter candidates aux élections dans les cinq ans suivant leur condamnation. Le juge La Forest, qui a rédigé l'opinion de la majorité, a traité de l'incapacité établie à l'avance et il a examiné, comme en l'espèce, l'argument portant qu'une période déterminée d'incapacité est excessive parce que des personnes seraient touchées en partie à cause du hasard, c'est-à-dire, selon le nombre d'élec-

The imposition of a five-year disqualification raises a more difficult issue. Accepting, as I do, that there is a rational connection between some term of disqualification and the desired objective, the question is reduced to what period of disqualification represents a minimal impairment of the appellant's s. 3 *Charter* rights. It clearly makes sense that the appellant should not be allowed to run in the by-election that arises from him vacating his seat, but how much further should it go? In settling on a five-year disqualification the legislature has ensured that the appellant is ineligible to run in the next general election. While it is true that there could be several elections within that time, the legislature has chosen a fixed term, presumably because of its added certainty. In addition, a five-year disqualification provides for a time of cleansing, allowing the integrity of the electoral process to be renewed both in real terms and in the mind of the electorate.

This Court has on several occasions asserted its unwillingness to second-guess the legislature in choosing between acceptable options. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, . . . , at p. 782, Dickson C.J. indicated that “[t]he courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line”, and in *RJR-MacDonald*, *supra*, McLachlin J. had this to say, at p. 342:

The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . .

In the present instance I can see no reason why this Court should interfere with the balancing engaged in by the Legislature. A degree of deference is especially appropriate in this case where the impugned legislative provisions are aimed at transgressing members of the New Brunswick Legislative Assembly. Surely the members of that body are in the best position to choose between available options when it comes to deterring other members from breaching the trust that exists between them, the electorate, and the House as a whole.<sup>127</sup> [Emphasis added.]

[123] Here too Parliament has sought to further electoral goals with a period during which the person

tions tenues pendant leur période d'inéligibilité. Il a conclu qu'une période déterminée d'inéligibilité était acceptable:

L'imposition d'une période d'inéligibilité de cinq ans soulève une question plus épineuse. Si l'on admet, comme je le fais, l'existence d'un lien rationnel entre l'imposition d'une période d'inéligibilité et l'objectif recherché, la question se limite alors à déterminer la période d'inéligibilité qui constitue une atteinte minimale aux droits garantis à l'appelant par l'art. 3 de la *Charte*. De toute évidence, il est logique que l'appelant ne soit pas autorisé à se porter candidat à l'élection complémentaire rendue nécessaire par la vacance de son siège, mais jusqu'à quand l'interdiction devrait-elle durer? En optant pour une période d'inéligibilité de cinq ans, le législateur a fait en sorte que l'appelant ne puisse pas se porter candidat à l'élection générale suivante. Même s'il est vrai qu'il pourrait y avoir plusieurs élections durant cette période, le législateur a choisi de fixer une période déterminée, vraisemblablement en raison de la certitude qu'ajoute cette solution. De plus, la période d'inéligibilité de cinq ans est un temps de purification qui permet de rétablir l'intégrité du processus électoral tant dans les faits que dans l'esprit des électeurs.

Notre Cour a, maintes fois, affirmé sa réticence à critiquer après coup le choix que le législateur a fait entre des solutions acceptables. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.* [ . . . ] à la p. 782, le juge en chef Dickson a indiqué que «[l]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation», et dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin ajoute, aux pp. 342 et 343:

Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation [ . . . ]

En l'espèce, je ne vois pas pourquoi notre Cour devrait modifier l'équilibre établi par le législateur. Une certaine déférence s'impose de façon particulière dans la présente affaire où les dispositions législatives contestées visent les députés de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick qui y contreviennent. Les membres de ce corps législatif sont certes les mieux placés pour choisir les différentes solutions disponibles pour dissuader les députés d'abuser de la confiance qui existe entre eux, les électeurs et l'Assemblée législative dans son ensemble<sup>127</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[123] Ici aussi, le Parlement a voulu poursuivre des objectifs électoraux en fixant une période au cours de

convicted of the most serious crimes will be prohibited from participating in the law-making process. I can see no reason why this Court should declare invalid the balancing engaged in by Parliament in this case.

[124] Fourth, the Trial Judge appears to have believed that this legislation can be characterized as an exercise in sentencing only, and he, consequently, held that sentencing is best carried out by sentencing judges. I cannot characterize this legislation exclusively as an attempt to add a Parliamentary sentence to that handed out by the judiciary. Parliament enacted this law in pursuit of objectives which are not so one-dimensional. There can be no debate that this provision, in addition to its electoral component, creates a consequence to criminal conviction.<sup>128</sup> That this provision creates a consequence to criminal conviction does not, however, transform it into a sentencing provision. The criminal sanction, generally speaking, is not limited only to sentencing. For example, the second edition of Clayton Ruby's work, *Sentencing*, distinguishes orders which can be made by trial judges following conviction from criminal penalties which arise strictly by operation of law. Ruby writes:

These [judge-made] orders should be distinguished from penalties which arise strictly by operation of law. In such cases there is no jurisdiction in [*sic*] the trial judge to make an order at all. For example, in *R. v. Berger* ([1971] 1 O.R. 765 (C.A.)) the trial judge, pursuant to a conviction for having in possession goods unlawfully imported into Canada, purported to penalize the accused by an amount equal to the value of the goods, and to order forfeiture of the goods. The court said that the trial judge had no jurisdiction to make such orders; since these penalties occur by operation of law pursuant to the terms of the Customs Act they are not part of the sentence imposed by the Court.<sup>129</sup> [Emphasis added.]

[125] Further, it is well settled that legislation may validly provide for a civil disability arising out of a criminal conviction. For example, in *Provincial*

laquelle il est interdit à une personne déclarée coupable d'une infraction parmi les plus graves de participer au processus législatif. Je ne vois pas pourquoi la Cour devrait déclarer invalide le choix fait par le législateur en l'espèce dans la recherche d'un équilibre.

[124] Quatrièmement, le juge de première instance semble avoir cru que la loi peut être caractérisée d'exercice touchant uniquement la détermination de la peine et il a statué, pour cette raison, qu'il est préférable que ce soient les juges qui prononcent les sentences qui déterminent la peine. Je ne peux qualifier les mesures législatives en cause exclusivement de tentative d'ajouter une peine fixée par le Parlement à celle imposée par une instance judiciaire. Le législateur a édicté la loi pour réaliser des objectifs qui ne sont pas aussi unidimensionnels. Il est incontestable que cette disposition, en plus de sa composante électorale, crée une conséquence à une déclaration de culpabilité criminelle<sup>128</sup>. Cela n'en fait toutefois pas une disposition touchant la détermination de la peine. Règle générale, la sanction criminelle ne se limite pas à la détermination de la peine. Par exemple, dans la deuxième édition de son ouvrage, intitulé *Sentencing*, Clayton Ruby fait une distinction entre les ordonnances que peuvent rendre les juges de première instance à la suite d'une déclaration de culpabilité et les sanctions criminelles qui s'appliquent par effet de la loi:

[TRADUCTION] Il faut distinguer ces ordonnances [judiciaires] des sanctions qui s'appliquent strictement par effet de la loi. En pareils cas, le juge de première instance n'a pas compétence pour rendre quelque ordonnance que ce soit. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Berger*, ([1971] 1 O.R. 765 (C.A.)), le juge de première instance a voulu, à la suite d'une déclaration de culpabilité pour possession de biens importés illégalement au Canada, imposer à l'accusé une peine équivalente à la valeur des biens et en ordonner la confiscation. La Cour a statué que le juge de première instance n'avait pas compétence pour rendre pareille ordonnance; étant donné que ces sanctions s'appliquent par effet de la loi en vertu des dispositions de la Loi sur les douanes, elles ne font pas partie de la peine imposée par le tribunal<sup>129</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[125] Il est en outre bien établi que la loi peut valablement prévoir l'incapacité civile résultant d'une déclaration de culpabilité criminelle. Par exemple,



*Secretary of Prince Edward Island v. Egan*,<sup>130</sup> Rinfret J., in a provincial fishing licence case, wrote that:

The Provincial legislation in question in this case is, in pith and substance, within the classes of subjects assigned to the Provincial legislatures; it is licensing legislation confined to the territory of Prince Edward Island . . . . It is not an additional penalty imposed for a violation of the criminal law. It provides for a civil disability arising out of a conviction for a criminal offence . . . . It does not create an offence; it does not add to or vary the punishment already declared by the *Criminal Code*; it does not change or vary the procedure to be followed in the enforcement of any provision of the *Criminal Code*. It deals purely and simply with certain civil rights in the Province of Prince Edward Island.<sup>131</sup>

[126] Civil consequences of a criminal act are not necessarily viewed as part of the criminal sentence. They neither create an offence nor add to or vary the punishment declared by the *Criminal Code*. Indeed it is settled that such consequences are not legally viewed as punishment.<sup>132</sup> That civil consequences arise from or are related to criminal activity does not diminish their legitimacy or efficacy.<sup>133</sup> While the difference between the civil consequence arising from conviction and the criminal sanction may seem obscure at times, Parliament and provincial legislatures may enact legislation giving rise to such a consequence, even where such a consequence resembles a criminal sanction.<sup>134</sup>

[127] Fifth, the Trial Judge's reasoning, effectively requiring individualized disenfranchisement, wrongly neglects the individualized elements of this sanction. There is proportionality built into this legislation as it impacts on the particular offender. In general, elections are held every four or five years. If offenders are incarcerated for only two years, they may not even actually be deprived of their vote, depending, of course, on the timing of any election. On the other hand, a person incarcerated for twenty years is likely to miss voting in several elections. While the connection between the length of the sentence and the severity of the deprivation is not perfect, there is a rational range here: those who are convicted of the

dans l'affaire *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*<sup>130</sup>, le juge Rinfret a tenu les propos suivants dans une affaire portant sur un permis de pêche provincial:

[TRANSCRIPTION] Le caractère véritable de la loi provinciale en cause la situe dans la catégorie de sujets attribués aux législatures provinciales; il s'agit d'une loi régissant des permis dont la portée se limite à l'Île-du-Prince-Édouard. [. . .] Il ne s'agit pas d'une sanction additionnelle imposée pour une contravention au droit criminel. La loi prévoit une incapacité civile découlant d'une déclaration de culpabilité criminelle. [. . .] Elle ne crée pas d'infraction et n'emporte pas d'ajout ni de modification à la procédure à suivre pour assurer l'application d'une disposition du *Code criminel*. Elle traite purement et simplement de certains droits civils dans la province de l'Île-du-Prince-Édouard<sup>131</sup>.

[126] Les conséquences civiles d'un acte criminel ne sont pas nécessairement considérées comme faisant partie de la sanction criminelle. Elles ne créent pas d'infraction et n'emportent pas d'ajout ni de modification au châtement prévu par le *Code criminel*. En fait, il est bien établi que de telles conséquences ne sont pas considérées comme un châtement en droit<sup>132</sup>. Le fait que des conséquences civiles découlent d'une activité criminelle ou s'y rattachent ne diminue en rien leur légitimité ou leur efficacité<sup>133</sup>. Bien que la différence entre la conséquence civile découlant d'une déclaration de culpabilité et la sanction criminelle puisse sembler obscure à l'occasion, le Parlement et les législatures provinciales peuvent édicter des lois qui prévoient de telles conséquences, même si celles-ci ressemblent à une sanction criminelle<sup>134</sup>.

[127] Cinquièmement, le raisonnement du juge de première instance, qui exige en réalité le retrait individualisé du droit de vote, néglige les éléments individualisés de cette sanction. Cette loi intègre une certaine proportionnalité quant à ses conséquences pour un contrevenant particulier. Règle générale, des élections ont lieu tous les quatre ou cinq ans. Si les contrevenants sont incarcérés pour deux ans seulement, il se peut qu'ils ne soient pas effectivement privés de l'exercice de leur droit de vote selon, évidemment, le moment de l'élection. Par contre, une personne incarcérée pour vingt ans ne pourra vraisemblablement pas voter à plusieurs élections. Bien que le lien entre la durée de la peine et la gravité de la

most serious crimes—and handed the most serious sentences—will be disqualified from voting for longer than those who are sentenced only for two years.

[128] It is also important not to overlook that this legislation does not apply to persons on parole. Parliament has made a choice that it is only while in prison that a person is disenfranchised. Once a person is released on parole, that person may again vote in federal elections. Thus the right to participate in electing our representatives is restored to those convicted prisoners who are considered ready to return to life outside prison. To the extent that the deprivation of the right to vote is a meaningful one, the promise of automatic return of that right to persons on parole serves as an additional incentive for convicted prisoners to behave well while imprisoned, and to be rehabilitated.

[129] In conclusion, this prohibition is a hybrid which possesses elements of the criminal sanction as well as elements of civil disability based on electoral law. While it is linked to the exercise of the criminal law power, the provision also pursues valid electoral goals. With respect, the Trial Judge impoverished the provision when he reasoned that it was merely a supplementary sentencing provision. Parliament, basing itself on electoral policy, is entitled to add civil consequences to the criminal sanction in subtle, multi-dimensional ways. This legislation is just that—a complex mixture of criminal and electoral law which creates a disqualification following criminal conviction, a type of measure that is not unknown to federal legislation.<sup>135</sup> Parliament may pass the scrutiny of section 1 of the Charter by considering alternative means and choosing a law which “falls within a range of reasonable alternatives”.<sup>136</sup> As McLachlin J. explained in terms most helpful here:

privation du droit de vote ne soit pas parfait, il demeure rationnel: les personnes déclarées coupables des infractions les plus graves—et qui se voient imposer les peines les plus sévères—seront inhabiles à voter plus longtemps que celles qui purgent une peine de deux ans seulement.

[128] Il ne faut surtout pas oublier non plus que cette loi ne s’applique pas aux personnes bénéficiant d’une libération conditionnelle. Le Parlement a fait un choix selon lequel une personne n’est privée de son droit de vote que pendant son incarcération. Une fois mise en liberté conditionnelle, la personne peut à nouveau exercer son droit de vote aux élections fédérales. Ainsi, les prisonniers déclarés coupables qui sont considérés prêts à recommencer à vivre à l’extérieur de la prison recouvrent le droit de participer à l’élection de nos représentants. Dans la mesure où le retrait du droit de vote est significatif, la promesse du rétablissement automatique de ce droit pour les personnes en liberté conditionnelle constitue une mesure additionnelle incitant les prisonniers déclarés coupables à se comporter convenablement pendant leur emprisonnement et à se réadapter.

[129] En conclusion, cette interdiction est hybride car elle comporte des éléments qui procèdent à la fois de la sanction criminelle et de l’incapacité civile fondée sur le droit électoral. Bien qu’elle soit liée à l’exercice du pouvoir en matière de droit criminel, cette disposition vise également des buts valables de nature électoral. Le juge de première instance en a réduit l’essence en concluant qu’elle se résumait à une mesure supplémentaire touchant la détermination de la peine. Le Parlement peut, en s’appuyant sur sa politique électoral, ajouter des conséquences civiles à la sanction criminelle par des mesures ingénieuses, multidimensionnelles. C’est exactement ce que fait la loi contestée—un mélange complexe de droit criminel et de droit électoral qui crée une inhabilité découlant d’une déclaration de culpabilité, un type de mesure qui n’est pas inconnu dans la législation fédérale<sup>135</sup>. Le choix du Parlement peut résister à un examen en regard de l’article premier de la Charte si le législateur a envisagé des mesures de rechange et choisi une loi qui «se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables»<sup>136</sup>. Comme l’a expliqué le juge McLachlin en des termes très utiles:

... some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive.<sup>137</sup>

##### 5. Is paragraph 51(e) of the CEA proportional?

[130] The proportionality aspect of the *Oakes* test has undergone something of a reformulation in recent times. This reformulation, instructing courts to weigh the salutary and deleterious effects of the legislation, does not alter the overriding instruction that the *Oakes* test must be a flexible one, based primarily on the context of the case at bar. In the *Dagenais* case, Lamer C.J. summarized his reformulation of the proportionality analysis as follows:

I would, therefore, rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question, and there must be proportionality between the deleterious and salutary effects of the measures.<sup>138</sup> [Emphasis in original.]

[131] In the recent case of *Thomson Newspapers*, Bastarache J. expanded on the analysis between the deleterious and salutary effects in the context of the *Oakes* test generally. He wrote that:

The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. Although the minimal impairment stage of the proportionality test necessarily takes into account the extent to which the *Charter* right is infringed, the ultimate standard is whether the *Charter* right is impaired as little as possible given the validity of the legislative purpose. The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*.<sup>139</sup>

[132] Thus the third part of the proportionality test involves an inquiry into whether the deleterious effects

... il convient d'avoir de l'égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d'application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive.<sup>137</sup>

##### 5. L'alinéa 51e) de la LEC est-il proportionné?

[130] L'élément de la proportionnalité inclus dans le critère énoncé dans *Oakes* a été reformulé récemment. Cette reformulation, selon laquelle les tribunaux doivent sopeser les effets bénéfiques et les effets nuisibles de la loi, ne modifie pas la directive prépondérante selon laquelle le critère énoncé dans *Oakes* doit être souple et fondé principalement sur le contexte de l'affaire. Dans l'arrêt *Dagenais*, le juge en chef Lamer a résumé comme suit sa reformulation de l'analyse de la proportionnalité:

Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques<sup>138</sup>. [Souligné dans l'original.]

[131] Dans le récent pourvoi *Thomson Newspapers*, le juge Bastarache a étoffé ses motifs sur l'analyse des effets bénéfiques et des effets nuisibles dans le contexte général du critère énoncé dans *Oakes*. Voici ce qu'il a dit:

Les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. Même si l'étape de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité tient nécessairement compte de la mesure dans laquelle il est porté atteinte à une valeur prévue par la *Charte*, la norme qui doit être appliquée en bout de ligne consiste à se demander s'il est porté atteinte le moins possible au droit garanti par la *Charte* compte tenu de la validité de l'objectif législatif. La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.<sup>139</sup>

[132] Ainsi, la troisième partie du critère de la proportionnalité comporte une analyse de la question

of the measures are proportional to the significance of the objectives and the beneficial effects of the measure. This inquiry is always a difficult and imprecise process. The context of each case is always paramount, and there can be no rigid test for an assessment of proportionality.<sup>140</sup> A court weighing the proportionality between the measures and the pressing and substantial objective of the provision must therefore take into account factors such as the significance and nature of the state's objectives; the availability of evidence; evidence of the effectiveness of the objectives; the benefits of the legislation; the nature of the Charter right and the extent to which the Charter right is interfered with; and, the manner, e.g., direct or indirect, in which the Charter right is compromised.<sup>141</sup>

[133] In the *Harvey* case, *supra*, the Supreme Court, despite the above jurisprudence, considered primarily whether the means chosen by the legislation were proportional to the objectives in question, and did not specifically weigh the salutary and deleterious effects.<sup>142</sup> While this is by no means determinative of the appropriate analysis of proportionality in this case, it further highlights that the context of the particular case is paramount in the *Oakes* analysis.

[134] In the context of this case, this statute represents, in large part, an exercise of the criminal law power which is necessarily linked to the criminal sanction. In passing this legislation, however, the state has disenfranchised a group of citizens for the period that they are incarcerated in federal prison. Is this proportional? As a preliminary matter, it is hard to speak of salutary effects in the context of the penal sanction, especially in an age where there is little evidence proving that the penal sanction is effective in reducing or deterring crime, or in reducing recidivism. Put another way, it is very difficult for the government to demonstrate empirically salutary effects in this case. This cannot, however, be controlling. If it were, all penal sanctions, including jail sentences, would be called into question, for it is by no means easy to demonstrate their efficacy in reducing crime scientifically.

de savoir si les effets nuisibles des mesures sont proportionnés à l'importance de ses objectifs et à leurs effets bénéfiques. Cette analyse constitue toujours un processus ardu et imprécis. Le contexte de chaque affaire revêt toujours une importance primordiale et on ne saurait appliquer un critère rigide pour apprécier la proportionnalité<sup>140</sup>. Le tribunal qui évalue la proportionnalité entre les mesures et les objectifs urgents et réels d'une disposition doit donc tenir compte de facteurs tels que l'importance et la nature des objectifs de l'État, la disponibilité d'éléments de preuve, la preuve de l'efficacité des objectifs, les avantages engendrés par la loi, la nature du droit garanti par la Charte et la mesure dans laquelle il n'est pas respecté, ainsi que la manière, par exemple directe ou indirecte, dont une atteinte est portée au droit protégé par la Charte<sup>141</sup>.

[133] Dans l'arrêt *Harvey*, précité, la Cour suprême a principalement pris en considération, malgré la jurisprudence susmentionnée, la question de savoir si les moyens retenus dans la loi étaient proportionnés aux objectifs en cause, et n'en a pas soupesé expressément les effets bénéfiques et les effets nuisibles<sup>142</sup>. Bien que cela ne soit d'aucune façon déterminant quant à l'analyse appropriée de la proportionnalité en l'espèce, elle met encore davantage en lumière l'importance primordiale du contexte dans l'analyse décrite dans *Oakes*.

Dans le contexte de la présente affaire, la loi représente, en grande partie, un exercice du pouvoir en matière de droit criminel qui est nécessairement lié à la sanction criminelle. En adoptant cette mesure législative, l'État a toutefois retiré le droit de vote à un groupe de citoyens pour la durée de leur incarcération dans un pénitencier fédéral. Cette mesure est-elle proportionnée? À titre préliminaire, soulignons qu'il est difficile de parler d'effets bénéfiques dans le contexte d'une sanction pénale, plus particulièrement à une époque où il existe peu de preuves établissant que la sanction pénale est efficace pour réduire la criminalité, dissuader les criminels ou empêcher les récidives. Autrement dit, il est très difficile pour le gouvernement de démontrer empiriquement les effets bénéfiques en l'espèce. Cet élément ne saurait toutefois être déterminant. S'il l'était, toutes les sanctions pénales, y compris les peines d'emprisonnement, seraient remises en

[135] There can be no doubt that, in addition to electoral considerations, the main motivations in passing this law were the retributive and denunciatory aspects of the penal sanction. While many penologists may disapprove of these goals, these are important and legitimate objectives for Parliament, in its wisdom, to pursue. The courts cannot prevent Parliament from proportionately compromising Charter rights in the name of denouncing crime, even if they disagree with Parliament's penal philosophy.

[136] Despite the difficulty in discussing the salutary effects of retribution and denunciation, there are salutary effects of this legislation as well as valid objectives which were identified to this Court.

[137] The main salutary effect of this legislation is a complex but important one. The legislation dramatically expresses the sense of societal values of the community in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. It is not merely symbolic. This legislation sends a message signalling Canadian values, to the effect that those people who are found guilty of the most serious crimes will, while separated from society, lose access to one of the levers of electoral power. This is an extremely important message, one which is not sent by incarceration alone. Incarceration is essentially separation from the community. Incarceration alone signals a denunciation of the offender's anti-societal behaviour and indicates society's hope for rehabilitation through separation from the community. Incarceration by itself, however, leaves those convicted of serious crimes free to exercise all the levers of electoral power open to all law-abiding citizens. This maintains a political parity between those convicted of society's worst crimes and their victims. Disqualification from voting, however, signals a denunciation of the criminal's anti-societal behaviour and sends the message that those people convicted of causing the worst forms of indignity to

question, car il n'est vraiment pas facile d'en démontrer scientifiquement l'efficacité pour réduire la criminalité.

[135] Il ne fait aucun doute que les motivations à l'origine de l'adoption de cette loi étaient, outre des considérations électorales, les aspects punitif et exemplaire de la sanction pénale. Bien que de nombreux spécialistes de la science pénale puissent désapprouver ces buts, ils constituent des objectifs importants et légitimes que le Parlement peut poursuivre, dans sa sagesse. Les tribunaux ne peuvent pas empêcher le Parlement de porter une atteinte proportionnée aux droits garantis par la Charte afin de réprimer le crime, même s'ils sont en désaccord avec sa philosophie pénale.

[136] Bien que l'examen des effets bénéfiques du châtement et de la réprobation s'avère difficile, la loi a effectivement des effets bénéfiques et des objectifs valables qui ont été exposés à la Cour.

[137] Le principal effet bénéfique de la loi est complexe, mais important. La loi exprime de façon marquante le sens des valeurs sociales de la collectivité en rapport avec le comportement criminel et le droit de vote dans la société. Elle n'est pas purement symbolique. La loi véhicule un message mettant en relief les valeurs canadiennes, selon lequel les personnes reconnues coupables des infractions les plus graves perdront, pendant leur isolement de la société, leur accès à l'un des leviers du pouvoir électoral. Ce message est extrêmement important et il n'est pas transmis par la seule incarcération. L'incarcération consiste essentiellement à isoler une personne de la collectivité. L'incarcération seule exprime la réprobation du comportement antisocial du contrevenant et révèle l'espoir de la société de parvenir à sa réadaptation en l'isolant de la collectivité. L'incarcération en soi n'entrave toutefois pas la possibilité pour les personnes coupables des infractions les plus graves d'utiliser tous les leviers du pouvoir électoral auxquels tout citoyen respectueux de la loi a accès. L'égalité politique entre les auteurs des crimes les plus graves et leurs victimes est donc préservée. L'inhabilité à voter exprime toutefois la réprobation du comporte-

others will be deprived of one aspect of the political equality of citizens—the right to vote.<sup>143</sup> It can be said that, in this context, “kindness toward the criminal can be an act of cruelty toward his victims, and the larger community”.<sup>144</sup>

[138] In this way, the enactment of the measure is itself a salutary effect, and the disqualification serves a messaging function. That penal legislation can validly signal our country’s values was confirmed by the Supreme Court in *R. v. Butler*, where Sopinka J. wrote for the Court that:

On the other hand, I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society. As Dyzenhaus . . . writes:

Moral disapprobation is recognized as an appropriate response when it has its basis in *Charter* values.

As the respondent and many of the interveners have pointed out, much of the criminal law is based on moral conceptions of right and wrong and the mere fact that a law is grounded in morality does not automatically render it illegitimate.<sup>145</sup>

[139] This legislation proclaims that values of civic responsibility are important to Canadians. The signal itself is an important benefit of the law.<sup>146</sup> The signal itself is a double signal, a message about the community’s view of crime and a repudiation of the indignity perpetrated on victims of crime. Where someone, by committing a serious crime, evinces contempt for our basic societal values, their right to vote may be properly suspended. Indeed, not to do so undermines our democratic values.<sup>147</sup>

[140] This view was presented at trial by the Crown’s expert witnesses. For example, in his expert’s report, Dr. Thomas Pangle explains the provision as a public enunciation of the community standards of civic responsibility:

ment antisocial du contrevenant et fait savoir que les personnes reconnues coupables d’avoir fait subir les pires affronts à autrui seront privées de l’un des aspects de l’égalité politique des citoyens—le droit de vote<sup>143</sup>. On peut dire que, dans ce contexte, TRADUCTION] «la bonté envers le criminel peut constituer de la cruauté envers ses victimes et l’ensemble de la collectivité»<sup>144</sup>.

[138] Sous cet angle, l’adoption de cette mesure est bénéfique en soi et l’inhabilité à voter transmet un message. Le fait qu’une loi pénale peut valablement mettre en relief les valeurs de notre pays a été confirmé par la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Butler*, dans lequel le juge Sopinka a écrit, au nom de la Cour:

Par contre, je ne puis souscrire à l’opinion de l’appelant que le Parlement n’a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d’une société libre et démocratique. Comme l’indique Dyzenhaus, précité, à la p. 376:

[TRADUCTION] La désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu’elle repose sur les valeurs de la *Charte*.

Comme l’intimée et de nombreux intervenants l’ont fait ressortir, une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais, et le simple fait qu’un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime<sup>145</sup>.

[139] La loi proclame que les valeurs du sens civique sont importantes pour les Canadiens. Ce signal constitue en soi un avantage important découlant de la loi<sup>146</sup>. Il est double: il exprime l’opinion que la collectivité a du crime et désavoue l’affront fait aux victimes du crime. Lorsqu’une personne démontre son mépris pour les valeurs de notre société, en perpétrant une infraction grave, son droit de vote peut à bon droit être suspendu. En fait, le défaut d’agir ainsi minerait nos valeurs démocratiques<sup>147</sup>.

[140] Ce point de vue a été présenté à l’instruction par les témoins experts de la Couronne. Par exemple, dans son rapport d’expert, M. Thomas Pangle explique la disposition en cause comme un énoncé public des normes du sens civique adoptées par la collectivité:

For honors and penalties, advantages and disadvantages, qualifications and disqualifications set in the legal code are to be seen not only as rewards and punishments—whether aimed at retribution, or deterrence, or rehabilitation—but also, in some cases (as in the electoral qualifications) more importantly, as the community’s mutual civic education, through the solemn public enunciation of the community standards of civic responsibility. Our laws tell us our story.<sup>148</sup>

[141] In context, this legislation puts forward a statement of principles by which Canadians live. That is a valid role which Parliament may play. The formal enactment of these principles itself is as important as any tangible effects that the law may have. This is not an exercise in choosing a “virtuous” or “decent” electorate. As Dr. Pangle indicated in his testimony, a statement of values exists as a message to prisoners that their serious criminal conduct has, as its consequence, withdrawal of one of the levers of political power. Dr. Pangle further indicated in his testimony that a temporary disenfranchisement reminds the prisoner of the standards which we as a society demand before all of the levers of political power will be returned.<sup>149</sup> Dr. Manfredi, testifying for the Crown, offered a similar view of the disenfranchisement, noting a moral education function created by the link between good citizenship—which includes, *inter alia*, not committing the most heinous crimes imaginable—and the deprivation of one of the levers of political power. Dr. Seymour Martin Lipset, pointing out Canada’s emphasis on community, suggested in his testimony that the provision is congruent with Canada’s political culture.<sup>150</sup>

[142] Thus the suspension of the right to vote—and not necessarily the actual loss of a vote—becomes significant. If a citizen commits one or more of the most serious crimes, crimes which repudiate Canada’s sense of community and which demolish the dignity of their victims, then that citizen’s behaviour will be denounced through the removal of the vote, one of the levers of political power.<sup>151</sup> The legislation becomes a medium, and the medium sends a message.

[TRADUCTION] Car les honneurs et les peines, les avantages et les désavantages, les habilités et les inhabilités que prescrit le code juridique ne doivent pas être considérés uniquement comme des récompenses et des châtements—à des fins punitives, dissuasives ou de réadaptation—mais encore, dans certains cas (comme dans celui de l’habilité à voter), comme un moyen d’éducation civique mutuelle des membres de la collectivité, par l’énoncé public officiel des normes du sens civique adoptées par la collectivité. Nos lois racontent notre histoire<sup>148</sup>.

[141] En contexte, la loi formule un énoncé des principes qui régissent la vie des Canadiens. C’est un rôle que le Parlement peut jouer valablement. L’adoption officielle de ces principes revêt autant d’importance que les éventuels effets tangibles de la loi. Cet exercice n’a pas pour but de choisir un électorat «vertueux» ou «honnête». Comme M. Pangle l’a indiqué dans son témoignage, un énoncé des valeurs transmet aux prisonniers le message que leur comportement criminel grave a pour conséquence de les priver de l’un des leviers du pouvoir politique. M. Pangle a aussi indiqué dans son témoignage que le retrait temporaire du droit de vote rappelle aux prisonniers les normes auxquelles la société exige qu’ils satisfassent pour recouvrer l’accès à tous les leviers du pouvoir politique<sup>149</sup>. M. Manfredi, qui a témoigné pour la Couronne, a exposé un point de vue semblable du retrait du droit de vote, en faisant ressortir la fonction d’éducation morale engendrée par le lien entre un bon comportement de citoyen—qui englobe notamment le fait de ne pas commettre les crimes les plus odieux imaginables—et la privation de l’un des leviers du pouvoir politique. M. Seymour Martin Lipset, soulignant l’accent que le Canada met sur la collectivité, laisse entendre dans son témoignage que cette disposition est cohérente avec la culture politique canadienne<sup>150</sup>.

[142] Ainsi, la suspension du droit de vote—et pas nécessairement la perte réelle d’un vote—devient significative. Un citoyen qui commet une ou plusieurs infractions parmi les plus graves, des crimes qui renient le sens de la collectivité du Canada et qui réduisent à néant la dignité de leurs victimes, verra son comportement réprouvé par le retrait du droit de vote, qui constitue l’un des leviers du pouvoir politique<sup>151</sup>. La loi devient un médium, et ce médium transmet un message.

[143] Second, there was some evidence of a particular salutary effect presented to this Court, that is, that disenfranchisement is a meaningful sanction which is noticed by offenders. In his testimony before the Trial Division, the plaintiff Aaron Spence was asked by Crown counsel about the effect on him of the disenfranchisement. Mr. Spence was aware that many rights are withdrawn from prisoners, and indicated that the loss of the right to vote was meaningful:

Q. I understand. But to answer my question, sir, is you have reflected on the consequence of your sentence, and this sentence is pretty unpleasant.

A. Without a doubt.

Q. Yes. And, in fact, one of the reasons, one of the reasons it is unpleasant, Mr. Spence, is because your time here is spent without many of the things you enjoy on the outside, correct? Isn't that kind of an obvious question?

A. Well, not really, it is not an obvious question, because within this institution, I have come to the terms to such an extent within my holistic healing that I am happy with what I have.

Q. Mr. Spence, let me ask the question of you again. Here in prison, during the sentence which you have already admitted is quite uncomfortable and unpleasant, you are, in fact, deprived of many things that you would otherwise have on the outside, it is a very simple question; isn't that correct?

A. Correct.

Q. Yes?

A. Yes.

Q. And some of those things are, in fact, valuable things like, for instance, the right to vote, yes?

A. Well, yeah. I would say there is a lot of things that is affected, and like I said earlier as an answer to one of your earlier questions, one of the most important things to me as a person, not only as a aboriginal person, but the things that are affecting my family on the outside, that is what hurts a lot too. My family, my friends, my family circle.

Q. You, yourself, as a sentenced person in Stony Mountain Institution, Stony Mountain Penitentiary, you are deprived of certain things you would like on the outside, simple question, yes?

[143] Deuxièmement, une preuve a été présentée à la Cour relativement à un effet bénéfique particulier de la loi, soit le fait que le retrait du droit de vote constitue une sanction significative qui n'échappe pas aux contrevenants. Lorsqu'il a témoigné devant la Section de première instance, le demandeur Aaron Spence s'est fait poser des questions par la Couronne sur l'effet de l'inhabilité pour lui. M. Spence était conscient de nombreux droits dont les prisonniers étaient privés et il a indiqué que la perte du droit de vote n'était pas négligeable:

Q. Je comprends. Mais pour répondre à ma question, monsieur, vous avez réfléchi aux conséquences de votre peine, et cette peine est assez désagréable.

R. C'est sûr.

Q. Oui. Et, en fait, l'une des raisons, l'une des raisons pour lesquelles elle est désagréable, M. Spence, c'est parce que pendant que vous êtes ici, vous ne pouvez pas faire bien des choses auxquelles vous aviez accès à l'extérieur, n'est-ce pas? La réponse à ma question est évidente, n'est-ce pas?

R. Pas vraiment, ce n'est pas une question évidente, parce que dans cet établissement, je suis parvenu à un degré d'acceptation dans ma réconciliation holistique qui fait que je me contente de ce que j'ai.

Q. M. Spence, permettez-moi de vous poser la question une fois de plus. Ici, en prison, pendant que vous purgez votre peine, qui est assez désagréable, vous l'avez admis, vous êtes en fait privé de bien des choses dont vous bénéficiez à l'extérieur, cette question est très simple, est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Oui?

R. Oui.

Q. Et certaines de ces choses ont en fait de la valeur à vos yeux, par exemple le droit de voter, pas vrai?

R. Ouais. Je dirais que beaucoup de choses sont touchées, et comme je l'ai dit plus tôt en répondant à une question que vous m'avez déjà posée, l'une des choses les plus importantes pour moi, en tant que personne, et pas simplement en tant que personne autochtone, mais les choses qui touchent ma famille à l'extérieur, c'est ce qui fait vraiment mal aussi. Ma famille, mes amis, mon cercle familial.

Q. Vous, vous-même, en tant que personne condamnée incarcérée au pénitencier de Stony Mountain, vous êtes privé de certaines choses dont vous aimeriez bénéficier à l'extérieur, la question est simple, non?



A. Other than, other than having my family here on a daily basis, I would have to disagree with you to a certain extent. This ain't Club Fed min [*sic*] you, but I am saying within my holistic being, my journey and being inside here, I have come to live and accept with myself. I love myself. I sleep good every night. This place is a living hell, but I sleep good every night.

Q. The fact that you are deprived of the right to vote doesn't bother you?

A. It does, it does bother me.

Q. The answer to my question, then, Mr. Spence, unless I misunderstood your answer, is that you are, in fact, deprived of certain things that you think are valuable?

A. Definitely.

Q. Like the right to vote?

A. That is true.<sup>152</sup>

[144] Lastly, this legislation can be seen as a gentler, more humane alternative to the alternative of additional incarceration. Parliament could easily have chosen, instead of denying the vote to serious offenders, to further denounce crime by increasing the length of all criminal sentences of two years or more. Indeed it was the position of Mr. O'Connor, counsel for the respondent Sauvé, that had Parliament wanted to further punish offenders, it should have increased the length of sentences. I disagree. This Court can appropriately take judicial notice of the fact that Parliament must be allowed to search for better alternatives to further incarceration. In an age where the efficacy of lengthy imprisonment is being questioned, our legislators can and must look for other ways of denouncing crime. In the battle against crime, Courts cannot limit Parliament to a single punitive tool. Rather than increasing all sentences of two years or more, Parliament has chosen an alternative to further incarceration by denying the vote to Canada's most serious criminals during the period in which they serve their sentences.

[145] Contrary to these salutary effects, the sole deleterious effect of this legislation is the withdrawal of the Charter-guaranteed right to vote. While this

R. À part, à part le fait de ne pas avoir ma famille avec moi quotidiennement, je ne suis pas entièrement d'accord avec vous. Ce n'est pas le Club Fed, mais je vous dis que dans mon être holistique, mon parcours et à l'intérieur, ici, j'en suis venu à vivre avec moi et à m'accepter. Je m'aime. Je dors bien tous les soirs. Cet endroit est l'enfer sur terre, mais je dors bien tous les soirs.

Q. Le fait d'être privé de votre droit de vote ne vous dérange pas?

R. Oui. Oui ça me dérange.

Q. La réponse à ma question alors, M. Spence, à moins que je ne vous comprenne pas, c'est que vous êtes en fait privé de certaines choses qui ont de la valeur pour vous?

R. Certainement.

Q. Comme le droit de vote?

R. C'est vrai<sup>152</sup>.

[144] Enfin, la loi peut être considérée comme une solution de rechange moins dure, plus humaine, à une incarcération additionnelle. Le Parlement aurait facilement pu choisir, plutôt que de priver les auteurs d'infractions graves du droit de vote, de réprover leur crime de façon plus marquée en augmentant la durée de la peine de toutes les personnes condamnées à deux ans de prison ou plus. En fait, M<sup>e</sup> O'Connor, l'avocat de M. Sauvé a fait valoir que si le Parlement avait voulu punir davantage les contrevenants, il aurait dû augmenter la durée de leur peine. Je ne partage pas son opinion. La Cour peut à bon droit prendre connaissance judiciaire du fait que le Parlement doit être autorisé à chercher des solutions de rechange préférables à une plus longue incarcération. À une époque où l'efficacité d'un emprisonnement prolongé est mis en doute, nos législateurs peuvent et doivent envisager d'autres moyens de réprover le crime. Les tribunaux ne peuvent limiter le Parlement à un seul outil punitif, dans sa lutte à la criminalité. Plutôt que d'augmenter la durée des peines des prisonniers condamnés à deux ans ou plus, le Parlement a choisi une solution de rechange au prolongement de l'incarcération en retirant le droit de vote aux auteurs des infractions les plus graves pendant qu'ils purgent leur peine.

[145] À l'opposé de ces effets bénéfiques, le seul effet nuisible de la loi est la privation d'un droit garanti par la Charte. Bien que cette privation soit

deprivation is serious—and to the extent that one is disqualified during a particular election, total—several facts were brought to the attention of this Court which mitigates its deleterious nature. The correlation between the length of the sentence and the length of the disqualification, as discussed above, is individualized to an extent. Further, a report prepared for the Crown by expert witness Dr. Colin Meredith shows that 75% of prisoners incarcerated in federal penitentiaries are serving sentences of 5 years or less. Under normal circumstances, these people will miss voting at only one election.<sup>153</sup> Dr. Meredith's report produced statistics showing that this legislation—targeted to disqualify the most serious offenders from voting—is meeting its goal. Dr. Meredith produced a table of the number and percentage of inmates in federal penitentiaries serving time for particular offences. This table is reproduced here:

Offence	Number	Per- cent
Murder	2,041	14.4
Attempted murder	451	3.2
Manslaughter	780	5.5
Sexual assault	1,236	8.7
Sexual offences involving children	574	4.0
Other sexual offences	961	6.8
Assaults	2,914	20.6
Kidnap	1,129	8.0
Robbery	4,633	32.7
Firearms offences	1,488	10.5
Prison breach	221	1.6
Arson	129	0.9
Break and enter	1,733	12.2
Fraud	345	2.4
Trafficking	1,606	11.3
Importing/exporting illegal narcotics	321	2.3
Cultivation of illegal narcotics	37	0.3
Possession of property obtained by certain offences	61	0.4
Total inmates	14,179	

Percentages do not sum to 100 because they are based on counts of offences rather than counts of inmates.

grave—et totale, dans la mesure où une personne est inhabile pendant une élection donnée—plusieurs faits qui en atténuent le caractère nuisible ont été portés à l'attention de la Cour. La corrélation entre la durée de la peine et la durée de l'inhabilité à voter est individualisée, dans une certaine mesure. De plus, un rapport préparé pour la Couronne par le témoin expert Colin Meredith démontre que 75 p. 100 des prisonniers incarcérés dans les pénitenciers fédéraux purgent des peines de 5 ans ou moins. Normalement, ces prisonniers seront empêchés de voter à une seule élection<sup>153</sup>. Le rapport de M. Meredith contient des statistiques révélant que la loi—visant à priver de leur droit de vote les contrevenants coupables des infractions les plus graves—atteint son objectif. M. Meredith a produit un tableau du nombre et du pourcentage de détenus des pénitenciers fédéraux qui purgent des peines pour des infractions données. Le voici:

Infraction	Nombre	Pour- centage
Meurtre	2 041	14,4
Tentative de meurtre	451	3,2
Homicide involontaire coupable	780	5,5
Agression sexuelle	1 236	8,7
Infractions sexuelles commises contre des enfants	574	4,0
Autres infractions sexuelles	961	6,8
Voies de fait	2 914	20,6
Enlèvement	1 129	8,0
Vol qualifié	4 633	32,7
Infractions relatives aux armes à feu	1 488	10,5
Bris de prison	221	1,6
Incendie criminel	129	0,9
Introduction par effraction	1 733	12,2
Fraude	345	2,4
Commerce illégal	1 606	11,3
Importation/exportation de stupéfiants illégaux	321	2,3
Culture de stupéfiants illégaux	37	0,3
Possession de biens obtenus par la perpétration de certaines infractions	61	0,4
Nombre total de détenus	14 179	

Le total des pourcentages ne correspond pas à 100 parce qu'ils sont fondés sur le nombre d'infractions plutôt que sur le nombre de détenus.

[146] Further, Dr. Meredith concluded that the total number of convictions for the sample of individual federal inmates was found to be, on average, 29.5

[146] Par ailleurs, M. Meredith a conclu que le nombre total de déclarations de culpabilité pour l'échantillon de détenus fédéraux s'élevait à 29,5<sup>154</sup>.

convictions.<sup>154</sup> This suggests that the provision accurately targets multiple offenders. Dr. Meredith also found that the average number of convictions registered prior to the most recent conviction for the sample of federal inmates was found to be 25.2 convictions.<sup>155</sup> This suggests that the provision accurately targets not only serious criminals but repeat offenders.

[147] The Trial Judge in this case considered that, while the salutary effects of the provision were not ascertainable, the deleterious effects were obvious. He wrote that the public's ignorance of the disqualification annulled any salutary effects which the provision might have.<sup>156</sup>

[148] With great respect for the Trial Judge, I believe that he erred in focussing on the public awareness of the provision as a proxy for the efficacy of its salutary effects. As I have already pointed out, one cannot speak of salutary effects in the context of this legislation as one might in the pursuit of more conventional objectives. Further, there are salutary effects, discussed above, which are not linked to public awareness of the provision—the provision loudly denounces crime, without increasing the length of jail terms.

[149] It was submitted to this Court that public ignorance of this provision nullifies its proportionality. On reflection, I believe that argument misses the mark. While I am willing to assume that this disqualification is not widely known amongst the public, it cannot be assumed that sentencing judges and defence counsel do not know about this disqualification. In fact, it is reasonable to expect that judges know all the consequences of the sentences they hand out. Defence counsel are able to mention these in their sentencing submissions. Unlike the previous provision, which disqualified all prisoners and was therefore punishing imprisonment generally, under this provision offenders are disqualified from voting only after they have been indicted, convicted beyond a reasonable doubt of a serious crime and have received a sentence of two years or more. It is also the case that, in order to be

Cette donnée laisse croire que la disposition contestée atteint avec précision les auteurs d'infractions multiples. M. Meredith a également conclu que le nombre moyen de condamnations inscrites avant la plus récente était de 25,2 pour l'échantillon de détenus fédéraux<sup>155</sup>. On peut donc croire que la disposition atteint avec précision non seulement les auteurs des infractions les plus graves, mais aussi les récidivistes.

[147] Le juge de première instance a estimé que, si les effets bénéfiques de la disposition ne pouvaient être identifiés avec certitude en l'espèce, ses effets nuisibles étaient évidents. Il a écrit que le fait que le public ignore que le droit de vote était retiré aux prisonniers annihilait tout effet bénéfique éventuel de cette mesure<sup>156</sup>.

[148] En toute déférence, je crois que le juge de première instance a commis une erreur en mettant l'accent sur la connaissance de la disposition par le public comme gage de l'efficacité de ses effets bénéfiques. Comme je l'ai souligné, on ne peut parler d'effets bénéfiques dans le contexte de la loi comme on le pourrait dans la poursuite d'objectifs plus traditionnels. De plus, il existe des effets bénéfiques, dont il a été question plus tôt, qui ne sont pas liés à la connaissance de la disposition par le public—celle-ci réproouve fortement la criminalité, sans augmenter la durée des peines d'emprisonnement.

[149] On a allégué devant la Cour que l'ignorance de la disposition par le public annihile sa proportionnalité. Après réflexion, j'estime que cet argument rate sa cible. Je suis disposé à tenir pour acquis que l'inhabilité n'est pas bien connue du public, mais on ne peut présumer que les juges qui prononcent les sentences et les avocats de la défense n'en sont pas informés. En fait, il est raisonnable de s'attendre que les juges connaissent toutes les conséquences des peines qu'ils prononcent. Les avocats de la défense peuvent les mentionner dans les observations qu'ils présentent avant le prononcé de la peine. Contrairement à l'ancienne disposition qui retirait le droit de vote à tous les prisonniers, punissant ainsi l'emprisonnement en général, la disposition actuellement en vigueur ne rend les contrevenants inhabiles à voter qu'après qu'ils ont été mis en accusation, déclarés

disenfranchised, the prisoner must have exhausted all appeals, including sentencing appeals, and must have begun serving a prison term. Sentencing judges can be presumed to consider and weigh this consequence before handing down sentences of two years or more.

[150] As a final note, it is important to remember that the Charter grants convicted persons two protections which directly challenge Parliament's unfettered right to fix the criminal sanction, namely that no one may be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice and that no one shall be subjected to cruel or unusual punishment. Paragraph 51(e) was not challenged under either of these provisions. I have no doubt that, if either of these sections were thought to be applicable, they would have been argued by the very capable counsel in this case.

[151] Thus, viewed as a civil consequence imposed as an alternative to additional incarceration which attaches to the most serious sentences for the most serious crimes, it must be concluded that this measure is proportional. To conclude otherwise would be to challenge Parliament's right to utilize the law to enhance civic responsibility and to establish consequences which express Canada's abhorrence of serious crime. I would, therefore, hold that paragraph 51(e) of the CEA is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter.

VI. Does paragraph 51(e) of the CEA violate section 15 of the Charter?

[152] While in the past there has been some variation in the views of the Supreme Court justices regarding the proper approach to subsection 15(1) of the Charter, these differences of opinion have dimin-

coupables hors de tout doute raisonnable d'une infraction grave et condamnés à purger une peine de deux ans ou plus. De plus, pour être empêché d'exercer son droit de vote, le prisonnier doit avoir épuisé tous ses droits d'appel, y compris à l'encontre de la peine, et il doit avoir commencé à purger sa peine d'emprisonnement. On peut présumer que les juges qui prononcent les peines prennent en compte et apprécient cette conséquence avant de condamner une personne à une peine de deux ans ou plus.

[150] Pour terminer, il est important de se rappeler que les accusés bénéficient, en vertu de la Charte, de deux protections qui défient directement le droit inconditionnel du Parlement de fixer la sanction criminelle. En effet, nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale, et chacun a droit à la protection contre les traitements et peines cruels et inusités. Aucune de ces dispositions n'a été invoquée pour contester l'alinéa 51e). J'ai la certitude que si ces dispositions avaient été jugées applicables, elles auraient été plaidées par les avocats très compétents qui ont comparu en l'espèce.

[151] Je dois donc conclure que cette mesure est proportionnée, si on l'envisage comme une conséquence civile imposée à titre de mesure de rechange à une période d'incarcération additionnelle dans le cas des peines les plus sévères pour les infractions les plus graves. Une conclusion contraire irait à l'encontre du droit du Parlement d'utiliser la loi pour rehausser le sens du devoir civique et pour établir des conséquences qui expriment l'aveersion du Canada pour les crimes graves. Je statuerai donc que l'alinéa 51e) de la LEC constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte.

VI. L'alinéa 15e) de la LEC contrevient-il à l'article 15 de la Charte?

[152] Bien que les juges de la Cour suprême n'aient pas toujours exprimé par le passé des opinions concordantes quant à la façon dont il convient d'aborder le paragraphe 15(1) de la Charte, ces divergences se sont

ished over time,<sup>157</sup> and finally have been laid to rest in the recent decision of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>158</sup> a turning point in equality jurisprudence in Canada. In *Law*, Iacobucci J. synthesized the divergent views regarding the proper application of subsection 15(1) of the Charter into a new approach, unanimously accepted by his colleagues. *Law* is now the starting point for any analysis of discrimination under the Charter.

[153] The proper approach to subsection 15(1) was summarized by Iacobucci J. at paragraph 39 [pages 523-524] of his reasons:

In my view, the proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter* involves a synthesis of these various articulations. Following upon the analysis in *Andrews, supra*, and the two-step framework set out in *Egan, supra*, and *Miron, supra*, among other cases, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

[154] There are, accordingly, not unlike the position before *Law*, three questions to be answered by a party seeking to prove a violation under subsection 15(1) of the Charter. First, the claimant must show that the impugned legislation or state action—or its effects—draws a distinction between the claimant and others. Second, the claimant must show that the distinction has been drawn on an enumerated or analogous ground.<sup>159</sup> Third, the claimant must show

estompées avec le temps<sup>157</sup> et se sont finalement dissipées dans le récent arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>158</sup>, qui marque un point tournant dans la jurisprudence sur l'égalité au Canada. Dans l'affaire *Law*, le juge Iacobucci a synthétisé les opinions divergentes sur l'application correcte du paragraphe 15(1) de la Charte pour décrire une nouvelle démarche, acceptée unanimement par ses collègues. L'arrêt *Law* constitue maintenant le point de départ de toute analyse de la question de la discrimination interdite par la Charte.

[153] Voici comment le juge Iacobucci a résumé, au paragraphe 39 [pages 523 et 524] de ses motifs, la démarche qu'il faut adopter relativement au paragraphe 15(1):

À mon avis, pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il convient de faire une synthèse de ces différentes démarches. Appliquant l'analyse énoncée dans *Andrews*, précité, et l'analyse en deux étapes décrite notamment dans *Egan* et *Miron*, précités, le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

[154] La partie qui veut prouver une contravention au paragraphe 15(1) de la Charte doit donc répondre à trois questions—ce qui n'est pas très différent de la situation antérieure à l'arrêt *Law*. Premièrement, le demandeur doit démontrer que la loi ou la mesure prise par l'État—ou ses effets—établit une distinction entre lui et d'autres personnes. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette distinction est fondée sur un motif énuméré ou analogue<sup>159</sup>. Troisiè-

that the distinction drawn on the basis of an enumerated or analogous ground is discriminatory in its nature.

[155] The reformulation of the section 15 analysis that occurred in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* did not affect the criterion that, in order to violate the Charter, any impugned distinction must be made on the basis of an enumerated or analogous ground. In *M. v. H.*, Justices Cory and Iacobucci, speaking for the Court, wrote that:

Not every legislative distinction is discriminatory. Before it can be found that it gives rise to discrimination, it must be shown that an equality right was denied on the basis of an enumerated or analogous ground, and that this differential treatment discriminates “in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the Charter”: *Law, supra*, at para. 39 (emphasis in original).<sup>160</sup>

[156] The respondents argue that the Trial Judge erred when he dismissed their claims under section 15 of the Charter. I am not in complete agreement with the reasoning of the Trial Judge on this matter. Specifically, I have concerns about the Trial Judge’s reasoning that since all disenfranchised people suffer to the same degree, then there can be no discrimination.<sup>161</sup> In my view, state action which is facially neutral may constitute discriminatory behaviour in appropriate contexts. Nonetheless, I am not persuaded that the Trial Judge came to the wrong conclusion on this issue.

[157] In my view, the status of prisoner does not constitute an analogous ground for purposes of section 15 of the Charter in this case, and I would therefore conclude that there has been no violation of section 15 of the Charter here. Several cases have already addressed this matter. In the case of *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, MacKay J. came to the same conclusion, writing that:

In this case section 41.1 of the Regulations does provide for treatment of prison inmates on a basis different from that of most, if not all, other individuals in Canada and thus may be said to derogate from their right to equality before the law. Yet I am not persuaded that this difference or derogation is discriminatory in the sense provided for in subsection

mement, le demandeur doit démontrer que la distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue est de nature discriminatoire.

[155] La reformulation de l’analyse effectuée en vertu de l’article 15 dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* n’a pas changé le critère selon lequel une distinction n’est contraire à la Charte que si elle est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Dans l’arrêt *M. c. H.*, les juges Cory et Iacobucci ont écrit, au nom de la Cour:

Les distinctions créées par les lois n’emportent pas toutes discrimination. Avant de pouvoir conclure à la discrimination, il faut établir qu’un droit à l’égalité a été nié sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue et que cette différence de traitement est «réellement discriminatoire», faisant ainsi intervenir l’objet du par. 15(1) de la Charte»: *Law, précité*, au par. 39 (souligné dans l’original)<sup>160</sup>.

[156] Les intimés soutiennent que le juge de première instance a commis une erreur en rejetant leurs prétentions fondées sur l’article 15 de la Charte. Je ne partage pas entièrement l’opinion du juge de première instance sur ce point. Je suis plus particulièrement préoccupé par le raisonnement du juge de première instance selon lequel il n’y a pas discrimination parce que toutes les personnes privées de l’exercice de leur droit de vote subissent le même préjudice<sup>161</sup>. Selon moi, une mesure prise par l’État, qui est neutre en apparence, peut être discriminatoire dans certains contextes. Je ne suis toutefois pas convaincu que le juge de première instance a tiré une conclusion erronée sur ce point.

[157] En l’espèce, j’estime que l’état de prisonnier ne constitue pas un motif analogue aux fins de l’article 15 de la Charte et je conclurais donc qu’il n’y a pas eu contravention à cet article. Plusieurs décisions ont déjà porté sur cette question. Dans l’affaire *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, le juge MacKay est parvenu à la même conclusion:

En l’espèce, les détenus sont effectivement, aux termes de l’article 41.1 du Règlement, traités d’une manière différente de la plupart sinon de la totalité des autres Canadiens et l’on peut donc affirmer que cette disposition porte atteinte à leur droit à l’égalité devant la loi. Je ne suis pourtant pas convaincu que cette distinction ou atteinte soit discrimina-

15(1). It does not seem to me to be related to any of the enumerated and prohibited grounds, or analogous grounds, which concern personal characteristics. The difference in treatment here for prison inmates as a group, arises not from personal characteristics but from past courses of conduct amounting to criminal activities against society.<sup>162</sup> [Emphasis added.]

[158] In his judgment in *Belczowski v. Canada*, Strayer J. (as he then was) wrote that, in his view, prisoners did not constitute an analogous group warranting protection under the Charter's equality provision:

I believe it is now clear since decisions such as *R. v. Turpin* . . . and *Reference Re Workers' Compensation Act* . . . that for there to be "discrimination" as prohibited by subsection 15(1) the grounds of discrimination must be those specified in subsection 15(1) or others analogous thereto. I am unable to conclude that a law applied to the plaintiff to his disadvantage by reason of the circumstance that he has committed a crime and is imprisoned under lawful sentence amounts to discrimination on some ground analogous to those specified in subsection 15(1).

I therefore conclude that paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* like its predecessor paragraph 14(4)(e) is not inconsistent with section 15 of the Charter.<sup>163</sup>

[159] The Tax Court of Canada has considered the issue of whether prison inmates constitute an analogous group for purposes of subsection 15(1) of the Charter on three separate occasions. On each occasion the Tax Court has answered the question in the negative. In 1991, in *McKinnon (R.J.) v. M.N.R.*, Sobier J.T.C. quoted with approval the reasoning of Strayer J., *supra*.<sup>164</sup> In 1995, Mogan J.T.C. of the Tax Court of Canada considered the matter in *Armstrong v. R.* He also concurred with the reasoning of Strayer J. in *Belczowski, supra*, writing that the individual prisoner is neither part of a "discrete and insular minority", nor is he imprisoned because of some "subjective distinguishing mark".<sup>165</sup> Finally, in 1996, in *Mulligan v. Canada*, Bowie J.T.C. concurred with the reasoning of Mogan J.T.C. in *Armstrong v. R.*, following which he noted that prisoners "do not by any stretch of the imagination" meet the standards set out by the Supreme Court for inclusion in an analogous group.<sup>166</sup>

toire au sens du paragraphe 15(1). Elle ne me semble pas se rapporter à l'un ou l'autre des motifs énumérés et interdits, ou motifs analogues, qui touchent des caractéristiques personnelles. Le traitement distinct dont font l'objet les détenus en l'occurrence, en tant que groupe, ne découle pas de caractéristiques personnelles mais bien de leur conduite passée, qui était répréhensible et antisociale<sup>162</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[158] Dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Belczowski c. Canada*, le juge Strayer (siégeant alors en première instance) a écrit que, selon lui, les prisonniers ne constituaient pas un groupe analogue justifiant la protection accordée par la disposition de la Charte garantissant le droit à l'égalité:

Je crois qu'il est maintenant clair, depuis des arrêts tels *R. c. Turpin* [. . .] et *Reference Re Workers' Compensation Act* [. . .] que pour qu'il y ait «discrimination» au sens où l'interdit le paragraphe 15(1), les motifs de discrimination doivent être ceux qu'il précise ou d'autres motifs analogues. Je ne peux pas conclure que l'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il est incarcéré en vertu d'une condamnation légitime, constitue de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1).

Je statue donc que l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, comme celui qui l'a précédé, soit l'alinéa 14(4)e), n'est pas incompatible avec l'article 15 de la Charte<sup>163</sup>.

[159] La Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée à trois occasions sur la question de savoir si les détenus constituent un groupe analogue aux fins du paragraphe 15(1) de la Charte. Chaque fois, elle a répondu à cette question par la négative. En 1991, dans la décision *McKinnon (R.J.) c. M.R.N.*, le juge Sobier de la C.C.I. a cité et approuvé le raisonnement du juge Strayer mentionné plus haut<sup>164</sup>. En 1995, le juge Mogan de la Cour canadienne de l'impôt a examiné cette question dans l'affaire *Armstrong c. R.* Il a lui aussi souscrit au raisonnement adopté par le juge Strayer dans la décision *Belczowski*, précitée, statuant qu'un prisonnier ne fait pas partie d'une «minorité distincte et isolée» et n'est pas emprisonné en raison d'une «caractéristique subjective»<sup>165</sup>. Enfin, en 1996, dans la décision *Mulligan c. Canada*, le juge Bowie a adopté le raisonnement suivi par le juge Mogan dans l'affaire *Armstrong c. R.*, après quoi il a noté que les prisonniers «sont bien loin de satisfaire à la norme» d'appartenance à un groupe analogue établie par la Cour suprême<sup>166</sup>.

[160] In *Olson v. Canada*, Heald D.J., sitting as a designated judge of the Trial Division, again held that prisoners were not entitled to claim equal protection under subsection 15(1) of the Charter:

However, the third step of the analysis presents a problem for the plaintiff. It requires that the distinction be based on an irrelevant personal characteristic that is either enumerated in subsection 15(1) or is analogous thereto. The jurisprudence has established that differential treatment of prison inmates is not because of a personal characteristic, rather it arises from “past courses of conduct amounting to criminal activities against society”. Accordingly, since the third step of the *Egan* analysis has not been met, it follows that the plaintiff’s claim of infringement under subsection 15(1) of the Charter must fail.<sup>167</sup> [Footnote omitted.]

[161] Finally, in the recent case of *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)*, Richard A.C.J. agreed that prisoners were not a group analogous to those enumerated in subsection 15(1) of the Charter. He accepted the reasoning of the Trial Judge in this case and wrote that:

Regarding the second requirement “whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground”, I am not satisfied that the discrimination invoked by the applicants is “based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group”.

...

In any event, I reiterate the position of this Court that prisoners and/or inmates do not constitute an analogous group under section 15 of the Charter as stated in *Sauvé v. Canada*.<sup>168</sup>

[162] Past jurisprudence is unanimous that prisoners do not constitute a group analogous to those enumerated under subsection 15(1) of the Charter.

[163] All of these decisions are influential, but not technically binding on this Court, and, as recent Supreme Court jurisprudence has given new instructions regarding the test for identifying an analogous ground, I shall briefly summarize the developments on

[160] Dans l’affaire *Olson c. Canada*, le juge adjoint Heald, siégeant en qualité de juge désigné de la Section de première instance, a réitéré que les prisonniers ne peuvent se prévaloir de la même protection de la loi en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte:

Le troisième volet de l’analyse présente cependant un problème pour le demandeur. Il requiert que la distinction soit fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente énumérée au paragraphe 15(1) ou sur une caractéristique analogue. La jurisprudence a établi que les différences de traitement des détenus ne dépendent pas de caractéristiques personnelles mais découlent plutôt d’une «conduite passée, qui était répréhensible et antisociale». Comme le troisième volet du critère de l’arrêt *Egan* n’a pas été rempli, je ne puis recevoir la prétention du demandeur selon laquelle la défenderesse aurait porté atteinte au droit à l’égalité que lui garantit le paragraphe 15(1) de la Charte<sup>167</sup>. [Note en bas de page omise.]

[161] Enfin, dans la décision récente *Alcorn c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, le juge en chef adjoint Richard s’est dit d’accord pour affirmer que les prisonniers ne constituent pas un groupe analogue à ceux énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte. Il a retenu le raisonnement du juge de première instance en l’espèce et il a déclaré:

En ce qui concerne la seconde exigence, c’est-à-dire la question de savoir «si cette négation constitue une discrimination fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou sur un motif analogue», je ne suis pas persuadé que la discrimination dont font état les demandeurs est «fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus».

[. . .]

Quoi qu’il en soit, je rappelle la position qui est celle de la Cour et selon laquelle les prisonniers et/ou les détenus ne constituent pas un groupe analogue aux fins de l’article 15 de la Charte, comme la Cour l’a d’ailleurs précisé dans l’affaire *Sauvé c. Canada*<sup>168</sup>.

[162] La jurisprudence est unanime pour dire que les prisonniers ne constituent pas un groupe analogue à ceux énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte.

[163] Toutes ces décisions ont du poids, mais ne lient pas strictement la Cour et, comme la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada a donné de nouvelles indications relativement au critère à appliquer pour déterminer ce qui constitue un motif



this issue, confirming my view that prisoners do not constitute an analogous group for purposes of subsection 15(1) of the Charter.

[164] The Supreme Court considered the enumerated and analogous grounds in the recent case of *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, the reasons for which were filed on the same day as *M. v. H.*, *supra*. In that case, McLachlin and Bastarache JJ. summarized the purpose underlying the analogous grounds in this way:

The enumerated grounds function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making. They are a legal expression of a general characteristic, not a contextual, fact-based conclusion about whether discrimination exists in a particular case. As such, the enumerated grounds must be distinguished from a finding that discrimination exists in a particular case. Since the enumerated grounds are only indicators of suspect grounds of distinction, it follows that decisions on these grounds are not always discriminatory; if this were otherwise, it would be unnecessary to proceed to the separate examination of discrimination at the third stage of our analysis discussed in *Law*, *supra*, per Iacobucci J.

The same applies to the grounds recognized by the courts as “analogous” to the grounds enumerated in s. 15. To say that a ground of distinction is an analogous ground is merely to identify a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality. Like distinctions made on enumerated grounds, distinctions made on analogous grounds may well not be discriminatory. But this does not mean that they are not analogous grounds or that they are analogous grounds only in some circumstances. Just as we do not speak of enumerated grounds existing in one circumstance and not another, we should not speak of analogous grounds existing in one circumstance and not another. The enumerated and analogous grounds stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination. What varies is whether they amount to discrimination in the particular circumstances of the case.<sup>169</sup> [Emphasis added.]

[165] Having identified that the analogous grounds exist in order to identify suspect decision-making, the

analogue, je résumerai brièvement l'évolution de cette question, qui confirme mon opinion que les prisonniers ne constituent pas un groupe analogue aux fins du paragraphe 15(1) de la Charte.

[164] La Cour suprême s'est prononcée récemment sur la question des motifs énumérés et analogues dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, dont les motifs ont été déposés le même jour que dans l'affaire *M. c. H.*, précitée. Dans ce pourvoi, les juges McLachlin et Bastarache ont résumé ainsi le but sous-jacent des motifs analogues:

Les motifs énumérés sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes. Ils sont l'expression, dans la loi, d'une caractéristique générale, et non une conclusion, fondée sur le contexte et les faits pertinents, relativement à l'existence ou à l'absence de discrimination dans une affaire donnée. En tant que tels, les motifs énumérés doivent être distingués d'une conclusion portant qu'il y a discrimination dans une affaire donnée. Puisque les motifs énumérés ne constituent que des indicateurs de l'existence de motifs de distinction suspects, il s'ensuit que les décisions fondées sur ces motifs ne sont pas toujours discriminatoires; s'il en était autrement, il serait inutile de procéder à l'examen distinct de la discrimination à la troisième étape de l'analyse exposée par notre Cour dans l'arrêt *Law*, précité, motifs du juge Iacobucci.

La même observation s'applique à l'égard des motifs qui ont été reconnus par notre Cour comme «analogues» à ceux énumérés à l'art. 15. Affirmer qu'un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu'indiquer qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle. Tout comme les distinctions fondées sur des motifs énumérés, celles qui reposent sur des motifs analogues peuvent fort bien ne pas être discriminatoires. Toutefois, cela ne veut pas dire pour autant que ces motifs ne sont pas analogues ou qu'ils ne le sont que dans certaines circonstances. De la même manière que nous ne disons pas d'un motif énuméré qu'il existe dans une situation et non dans une autre, nous ne devrions pas dire d'un motif analogue qu'il existe dans certaines circonstances et non dans d'autres. Les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. La variable est la réponse à la question de savoir s'ils sont source de discrimination dans les circonstances particulières d'une affaire donnée<sup>169</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[165] Après avoir relevé que les motifs analogues existent dans le but de repérer les processus décision-

majority opinion continued to explain the method of identification of analogous grounds. McLachlin and Bastarache JJ. wrote:

What then are the criteria by which we identify a ground of distinction as analogous? The obvious answer is that we look for grounds of distinction that are analogous or like the grounds enumerated in s. 15—race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It seems to us that what these grounds have in common is the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second stage of the *Law* analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. To put it another way, s. 15 targets the denial of equal treatment on grounds that are actually immutable, like race, or constructively immutable, like religion. Other factors identified in the cases as associated with the enumerated and analogous grounds, like the fact that the decision adversely impacts on a discrete and insular minority or a group that has been historically discriminated against, may be seen to flow from the central concept of immutable or constructively immutable personal characteristics, which too often have served as illegitimate and demeaning proxies for merit-based decision-making.<sup>170</sup> [Emphasis added.]

[166] Applying the law to this case, I cannot describe one's status as a prisoner as "a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity". Imprisonment is neither immutable nor unchangeable; for all but a few prisoners it is a status that is meant to change over time. Further, it cannot be said that "the government has no legitimate interest in expecting" prisoners to change in order "to receive equal treatment under the law". In fact, the contrary is true—the government has every reason to expect convicted criminals to change their behaviour in order to achieve equal treatment under the law. That is the very reason for imprisonment. I cannot conclude, therefore, that prisoners constitute an analogous ground under subsection 15(1) of the Charter.

nels suspects, l'opinion majoritaire explique la méthode à appliquer pour identifier les motifs analogues. Voici comment se sont exprimés les juges McLachlin et Bastarache:

En conséquence, quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15—la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l'objet de l'identification de motifs analogues à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Law* est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. Autrement dit, l'art. 15 vise le déni du droit à l'égalité de traitement pour des motifs qui sont immuables dans les faits, par exemple la race, ou qui sont considérés immuables, par exemple la religion. D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus<sup>170</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[166] En appliquant le droit à la présente affaire, je ne puis décrire l'état de prisonnier comme «une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle». L'emprisonnement n'est ni immuable ni impossible à modifier; pour la presque totalité des prisonniers, c'est un état qui peut changer avec le temps. De plus, on ne peut affirmer que «le gouvernement ne peut légitimement s'attendre» que les prisonniers changent «pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi». En fait, l'inverse est vrai—le gouvernement a toutes les raisons de s'attendre que les personnes déclarées coupables d'une infraction criminelle modifient leur comportement pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. C'est la raison d'être de l'empri-

[167] I am bolstered in this conclusion by the existence of section 12 of the Charter, which prohibits the state from inflicting cruel or unusual punishment. That section reads as follows:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

[168] The existence of section 12 of the Charter indicates that prisoners, like everyone else, are to be treated humanely, and are not to be subject to disproportionate punishment. The Charter, therefore, has a provision expressly targeted to protect prisoners' condition. That provision recognizes that, in a way, prisoners are subject to unequal treatment and significant deprivation, but it seeks to ensure that such deprivation is proportionate. While there are other contexts in which a person who is a prisoner might take advantage of subsection 15(1) of the Charter, it is my conclusion that prisoners *per se* do not constitute a group analogous to those enumerated in subsection 15(1) of the Charter for purposes of this situation.

[169] Finally, an alternative argument was made before this Court that imprisonment should be recognized as an analogous ground because Aboriginal peoples make up a disproportionate percentage of prisoners. I am not persuaded by this argument. First, since, according to the data offered, 1,837 Aboriginal people are disenfranchised by this law,<sup>171</sup> it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in the prison system adversely affects the political expression of Aboriginal peoples generally, as there are over six hundred thousand registered Aboriginal people in Canada.<sup>172</sup> If Aboriginal people generally, or a particular group of Aboriginal people, could show that disenfranchisement effectively and adversely compromised their political expression, a constitutional exemption from the operation of paragraph 51(e) of the CEA might conceivably be justified. This has not been done. Second, it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in prison is so overwhelming as to justify a conclusion that a law

sonnement. Par conséquent, je ne puis conclure que les prisonniers constituent un groupe analogue pour les fins du paragraphe 15(1) de la Charte.

[167] Je suis conforté dans mon opinion par l'existence de l'article 12 de la Charte, qui interdit à l'État d'infliger une peine cruelle et inusitée. Voici cette disposition:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[168] L'existence de l'article 12 de la Charte indique que les prisonniers doivent, comme chacun, être traités humainement et ne peuvent recevoir un châtimement disproportionné. La Charte contient donc une disposition qui vise expressément à protéger les prisonniers. Cette disposition reconnaît que, d'une certaine façon, les prisonniers peuvent subir un traitement inégal et des atteintes importantes à leurs droits, mais tente de garantir que ces atteintes soient proportionnées. Bien qu'il existe d'autres contextes dans lesquels une personne qui est emprisonnée peut se prévaloir du paragraphe 15(1) de la Charte, je conclus que les prisonniers ne constituent pas, en soi, un groupe analogue aux personnes énumérées au paragraphe 15(1) de la Charte aux fins de la présente instance.

[169] Enfin, la Cour a été saisie d'un argument subsidiaire selon lequel l'emprisonnement doit être reconnu comme motif analogue parce que les Autochtones constituent un pourcentage disproportionné de la population carcérale. Cet argument ne me convainc pas. Premièrement, selon les données produites, la loi prive 1 837 Autochtones de leur droit de vote<sup>171</sup>; on ne peut donc pas affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans le système pénitentiaire a une incidence négative sur l'expression politique des peuples autochtones en général, car le Canada compte plus de six cent mille Autochtones inscrits<sup>172</sup>. Si l'ensemble des Autochtones ou un groupe particulier d'Autochtones pouvaient démontrer que l'incapacité à voter a une incidence négative réelle sur leur expression politique, il serait concevable qu'une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51e) de la LEC soit justifiée. Une telle incidence n'a pas été démontrée. Deuxièmement, on ne peut affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans la population

aimed at prisoners is *de facto* a law aimed at Aboriginal peoples. If the over-representation of Aboriginal peoples in prisons reaches a level where it could be said that a law aimed at prisoners was, *de facto*, a law aimed at Aboriginal peoples, then constitutional exemption from the operation of paragraph 51(e) of the CEA might be considered. That is not the case here. Consequently, I cannot accept the arguments made by the respondents in this regard.

## VI. Disposition

[170] For all the foregoing reasons, I would conclude that while paragraph 51(e) of the CEA violates section 3 of the Charter, it is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter. Furthermore, paragraph 51(e) of the CEA does not violate paragraph 15(1) Charter. In the result I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal. Because of the history and importance of the constitutional issue involved in this appeal and because of the desirability of having it resolved there should be no order as to costs.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(e) [as am. by S.C. 1993, c. 19, s. 23].

<sup>2</sup> (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.).

<sup>3</sup> [1992] 2 F.C. 440 (C.A.).

<sup>4</sup> [1993] 2 S.C.R. 438, at pp. 439-440, Iacobucci J.

<sup>5</sup> *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 871.

<sup>6</sup> Memorandum of fact and law of the McCorrister respondents, at pp. 11-13.

<sup>7</sup> See [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 871.

<sup>8</sup> Memorandum of fact and law of the McCorrister respondents, at pp. 16-28.

<sup>9</sup> The legislation under consideration in these cases was the previous version of paragraph 51(e) which disenfranchised all prisoners for the purposes of federal elections. That legislation provided:

**51.** The following persons are not qualified to vote at an election and shall not vote at an election:

. . .

(e) every person undergoing punishment as an inmate in any penal institution for the commission of any offence.

carcérale est à ce point considérable qu'elle justifierait une conclusion portant que toute loi visant les prisonniers vise de fait les Autochtones. Si la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale atteint un niveau qui permette de dire qu'une loi visant les prisonniers vise de fait les Autochtones, il sera possible d'envisager une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51e) de la LEC. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Par conséquent, je ne puis retenir les arguments présentés par les intimés à cet égard.

## VI. Dispositif

[170] Pour les motifs qui précèdent, je conclurais que, bien qu'il contrevienne à l'article 3 de la Charte, l'alinéa 51e) de la LEC constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte. De plus, l'alinéa 51e) de la LEC n'est pas contraire au paragraphe 15(1) de la Charte. En définitive, j'accueillerais l'appel et je rejetterais l'appel incident. Compte tenu de l'historique et de l'importance de la question constitutionnelle visée par l'appel et parce qu'il était souhaitable qu'elle soit tranchée, la Cour ne prononcera pas d'ordonnance d'adjudication des dépens.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 51e) [mod. par L.C. 1993, ch. 19, art. 23].

<sup>2</sup> (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.).

<sup>3</sup> [1992] 2 C.F. 440 (C.A.).

<sup>4</sup> [1993] 2 R.C.S. 438, aux p. 439 et 440, le juge Iacobucci.

<sup>5</sup> *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 871.

<sup>6</sup> Mémoire des faits et du droit des intimés McCorrister, aux p. 11 à 13.

<sup>7</sup> Voir [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 871.

<sup>8</sup> Mémoire des faits et du droit des intimés McCorrister, aux p. 16 à 28.

<sup>9</sup> La loi examinée dans ces causes était la version antérieure de l'alinéa 51e), qui privait tous les prisonniers du droit de vote aux élections fédérales. En voici le texte:

**51.** Les individus suivants sont inhabiles à voter à une élection et ne peuvent voter à une élection:

[. . .]

e) toute personne détenue dans un établissement pénitentiaire et y purgeant une peine pour avoir commis quelque infraction.

<sup>10</sup> *An Act to amend the Canada Elections Act*, 3rd Sess., 34th Parl., 1993.

<sup>11</sup> *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 876.

<sup>12</sup> *Ibid.*, at p. 877.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, at p. 878.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, at pp. 879-880.

<sup>17</sup> See para. 18 of the present reasons for judgment which contains the relevant quote from the Trial Judge's decision.

<sup>18</sup> See para. 19 of the present reasons for judgment which contain the relevant quote from the Trial Judge's decision.

<sup>19</sup> See [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 881.

<sup>20</sup> Professor Jean Hampton, a witness for the appellants, wrote that "[I]ssues of legal rights were also normal in Anglo-Saxon England, justified by the idea that in so far as the criminal, when he breaks the law, 'has gone to war with the community,' accordingly, 'the community goes to war with him.'" A.B., vol. VII, at p. 1205.

<sup>21</sup> See [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 907. With regard to Manitoba, see the recent case of *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] M.J. No. 352 (Q.B.) (QL).

<sup>22</sup> A.B., Vol. V, at p. 793. See also [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 907.

<sup>23</sup> *Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b).

<sup>24</sup> See *Promoting Responsible Citizenship: Report to the Minister of Justice* submitted by the MLA Committee Making Recommendations on Restrictions on Prisoner Voting in the Alberta Election Act, November 16, 1998.

<sup>25</sup> *Byatt et al. v. Alberta et al.* (1998), 216 A.R. 100 (C.A.).

<sup>26</sup> A.B., Vol. V, at pp. 803-806.

<sup>27</sup> [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 913.

<sup>28</sup> [1996] 2 S.C.R. 876.

<sup>29</sup> *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 826, at para. 78, pp. 871-872.

<sup>30</sup> *Ibid.*, at para. 99, p. 880.

<sup>31</sup> *Ibid.*, at para. 103, p. 882.

<sup>32</sup> [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 342.

<sup>33</sup> [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 86, p. 686. See also *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 118, p. 77; and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 163, p. 503.

<sup>34</sup> [1999] S.C.J. No. 44 (QL), para. 71.

<sup>35</sup> This last element was added by Lamer J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 887-889.

<sup>36</sup> [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 184.

<sup>37</sup> [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993.

<sup>10</sup> *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> Lég., 1993.

<sup>11</sup> *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 876.

<sup>12</sup> *Ibid.*, à la p. 877.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, à la p. 878.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*, aux p. 879 et 880.

<sup>17</sup> Voir l'extrait pertinent de la décision du juge de première instance reproduit au par. 18 des présents motifs.

<sup>18</sup> Voir l'extrait pertinent de la décision du juge de première instance reproduit au par. 19 des présents motifs.

<sup>19</sup> Voir [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 881.

<sup>20</sup> Le professeur Jean Hampton, témoin pour les appelants, a écrit que [TRADUCTION] «la perte de droits reconnus par la loi était aussi normale dans l'Angleterre anglo-saxonne, étant justifiée par l'idée que le criminel "a déclaré la guerre à la collectivité" en enfreignant la loi et, qu'en conséquence, "la collectivité lui déclare la guerre.»» Cahier d'appel, vol. VII, à la p. 1205.

<sup>21</sup> Voir [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 907. En ce qui concerne le Manitoba, voir l'affaire récente *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] M.J. n° 352 (B.R.) (QL).

<sup>22</sup> Cahier d'appel, vol. V, à la p. 793. Voir aussi [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 907.

<sup>23</sup> *Election Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 30b).

<sup>24</sup> Voir *Promoting Responsible Citizenship: Report to the Minister of Justice*, présenté par les députés membres du Committee Making Recommendations on Restrictions on Prisoner Voting in the Alberta Election Act, le 16 novembre 1998.

<sup>25</sup> *Byatt et al. v. Alberta et al.* (1998), 216 A.R. 100 (C.A.).

<sup>26</sup> Cahier d'appel, vol. V, aux p. 803 à 806.

<sup>27</sup> [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 913.

<sup>28</sup> [1996] 2 R.C.S. 876.

<sup>29</sup> *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 826, au par. 78, p. 871 et 872.

<sup>30</sup> *Ibid.*, au par. 99, p. 880.

<sup>31</sup> *Ibid.*, au par. 103, p. 882.

<sup>32</sup> [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 342.

<sup>33</sup> [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 86, p. 686. Voir aussi *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 118, p. 77; et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, para. 163, p. 503.

<sup>34</sup> [1999] A.C.S. n° 44 (QL), au par. 71.

<sup>35</sup> Ce dernier élément a été ajouté par le juge Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux p. 887 à 889.

<sup>36</sup> [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 184.

<sup>37</sup> [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 993.

<sup>38</sup> *Ibid.*, at pp. 993-994; see also *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 401, *per* Wilson J., dissenting.

<sup>39</sup> *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 521. La Forest J. quoting *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994.

<sup>40</sup> *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 521.

<sup>41</sup> *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at pp. 882-883.

<sup>42</sup> Memorandum of fact and law of the McCorrister respondents, at pp. 8-10.

<sup>43</sup> [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 892.

<sup>44</sup> *Ibid.*, at p. 913.

<sup>45</sup> *Ibid.*, at pp. 894-899.

<sup>46</sup> *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 342; and *United Food and Commercial Workers, Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] S.C.J. No. 44 (QL), at para. 71.

<sup>47</sup> [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 899.

<sup>48</sup> *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 887-889.

<sup>49</sup> Transcript of proceedings, Vol. V, at pp. 1008-1009.

<sup>50</sup> A.B., Vol. VI, at p. 1041.

<sup>51</sup> Transcript of proceedings, Vol. IV, at p. 662.

<sup>52</sup> Transcript of proceedings, Vol. IV, at pp. 662-665.

<sup>53</sup> Transcript of proceedings, Vol. IV, at pp. 763-764.

<sup>54</sup> A.B., Vol. VII, at p. 1216.

<sup>55</sup> A.B., Vol. VII, at p. 1218.

<sup>56</sup> [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 329.

<sup>57</sup> *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1996] 1 F.C. 857 (T.D.), at p. 916.

<sup>58</sup> P. Landreville & L. Lemonde, "Voting Rights for Prison Inmates" in Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Democratic Rights and Electoral Reform in Canada*, Volume 10 of the Research Studies, (the Lortie Commission).

<sup>59</sup> *Ibid.*, at pp. 87-88.

<sup>60</sup> See P. W. Hogg and A. A. Bushell, "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L. J.* 75. *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 138-139, pp. 565-566 (hereinafter *Vriend*).

<sup>61</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)*; [1993] 2 S.C.R. 438; *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 487; *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440 (C.A.).

<sup>62</sup> The reasons are reported at [1996] 1 F.C. 857 (T.D.).

<sup>63</sup> The precise date of this statute is uncertain, but it is known to be between 1235 and 1377.

<sup>38</sup> *Ibid.*, aux p. 993 et 994; voir aussi *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 401, le juge Wilson, dissidente.

<sup>39</sup> *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 521, le juge La Forest, citant *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994.

<sup>40</sup> *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 521.

<sup>41</sup> *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 882 et 883.

<sup>42</sup> Mémoire des faits et du droit des intimés McCorrister, aux p. 8 à 10.

<sup>43</sup> [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 892.

<sup>44</sup> *Ibid.*, à la p. 913.

<sup>45</sup> *Ibid.*, aux p. 894 à 899.

<sup>46</sup> *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 342; et *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] A.C.S. n° 44 (QL), au par. 71.

<sup>47</sup> [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 899.

<sup>48</sup> *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux p. 887 à 889.

<sup>49</sup> Transcription des procédures, vol. V, aux p. 1008 et 1009.

<sup>50</sup> Cahier d'appel, vol. VI, à la p. 1041.

<sup>51</sup> Transcription des procédures, vol. IV, à la p. 662.

<sup>52</sup> Transcription des procédures, vol. IV, aux p. 662 à 665.

<sup>53</sup> Transcription des procédures, vol. IV, aux p. 763 et 764.

<sup>54</sup> Cahier d'appel, vol. VII, à la p. 1216.

<sup>55</sup> Cahier d'appel, vol. VII, à la p. 1218.

<sup>56</sup> [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 329.

<sup>57</sup> *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 916.

<sup>58</sup> P. Landreville et L. Lemonde. «Le droit de vote des personnes incarcérées», dans Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Les droits démocratiques et la réforme électorale au Canada*, Volume 10 de la collection d'études (la Commission Lortie).

<sup>59</sup> *Ibid.*, à la p. 99.

<sup>60</sup> Voir P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L. J.* 75. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, aux par. 138 et 139, p. 565 et 566 (*Vriend*).

<sup>61</sup> *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), à la p. 487; *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440 (C.A.).

<sup>62</sup> Motifs publiés dans [1996] 1 C.F. 857 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>63</sup> La date précise de promulgation de cette loi demeure incertaine, mais on sait qu'elle est entrée en vigueur entre 1235 et 1377.

<sup>64</sup> 31 Geo. III, c. 31 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No 3].

<sup>65</sup> *Ibid.*, s. 23.

<sup>66</sup> S.C. 1885, c. 40.

<sup>67</sup> S.C. 1898, c.14, s. 6(4).

<sup>68</sup> Prior to the 1993 amendments this was s. 14(4)(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp), c. 14, now s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2.

<sup>69</sup> Cases challenging provincial statutes include *Reynolds v. A.G.B.C.* (1984), 53 B.C.L.R. 394 (C.A.); *Badger et al. v. Attorney General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (Man. Q.B.); and *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.).

<sup>70</sup> *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor General of Canada, Re* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (B.C.S.C.), at pp. 608-609.

<sup>71</sup> [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.), rev'g [1984] 1 F.C. 1119 (T.D.), aff'd without written reasons [1984] 2 S.C.R. 124.

<sup>72</sup> [1986] 2 F.C. 287 (T.D.).

<sup>73</sup> The earlier case, *Badger et al. v. Attorney General of Manitoba* is reported at (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (Man. Q.B.).

<sup>74</sup> *Badger v. Canada (Attorney General) et al.* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (Q.B.).

<sup>75</sup> *Ibid.*, at p. 214.

<sup>76</sup> *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.), leave to appeal refused [1989] 1 S.C.R. v.

<sup>77</sup> *Ibid.*, at pp. 185-186.

<sup>78</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.) [at p. 237].

<sup>79</sup> *Ibid.*, at p. 238.

<sup>80</sup> *Ibid.*, at pp. 239-240.

<sup>81</sup> [1991] 3 F.C. 151 (T.D.).

<sup>82</sup> *Ibid.*, at pp. 172-173.

<sup>83</sup> *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440 (C.A.), at pp. 456-457.

<sup>84</sup> *Ibid.*, at p. 459.

<sup>85</sup> *Ibid.*, at p. 458.

<sup>86</sup> *Ibid.*, at p. 459.

<sup>87</sup> *Ibid.*, at p. 460.

<sup>88</sup> *Ibid.*, at pp. 460-461.

<sup>89</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 487.

<sup>90</sup> *Ibid.*, at pp. 488-489.

<sup>91</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, at pp. 439-440.

<sup>92</sup> Counsel for the respondent Sauvé suggested before this Court that one explanation for the brevity of the Supreme Court's reasons was that Parliament had changed the law under consideration shortly before the Supreme Court was scheduled to hear the matter. The Supreme Court heard and

<sup>64</sup> 31 Geo. III, ch. 31 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 3].

<sup>65</sup> *Ibid.*, art. 23.

<sup>66</sup> S.C. 1885, ch. 40.

<sup>67</sup> S.C. 1898, ch. 14, art. 6(4).

<sup>68</sup> Art. 14(4)(e), S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> Supp.), ch. 14, devenu l'art. 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, modifié en 1993.

<sup>69</sup> Parmi les instances dans lesquelles une disposition provinciale a été contestée, citons *Reynolds v. A.G.B.C.* (1984), 53 B.C.L.R. 394 (C.A.); *Badger et al. v. Attorney General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (B.R. Man.); et *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.).

<sup>70</sup> *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor General of Canada, Re* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (C.S. C.-B.), aux p. 608 et 609.

<sup>71</sup> [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.), infirmant [1984] 1 C.F. 1119 (1<sup>re</sup> inst.), conf. sans motifs écrits par [1984] 2 R.C.S. 124.

<sup>72</sup> [1986] 2 C.F. 287 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>73</sup> Cette cause antérieure, *Badger et al. v. Attorney General of Manitoba* est publiée dans (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (B.R. Man.).

<sup>74</sup> *Badger v. Canada (Attorney General) et al.* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (B.R.).

<sup>75</sup> *Ibid.*, à la p. 214.

<sup>76</sup> *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.); autorisation de pourvoi refusée [1989] 1 R.C.S. v.

<sup>77</sup> *Ibid.*, aux p. 185 et 186.

<sup>78</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.) [à la p. 237].

<sup>79</sup> *Ibid.*, à la p. 238.

<sup>80</sup> *Ibid.*, aux p. 239 et 240.

<sup>81</sup> [1991] 3 C.F. 151 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>82</sup> *Ibid.*, aux p. 172 et 173.

<sup>83</sup> *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440 (C.A.), aux p. 456 et 457.

<sup>84</sup> *Ibid.*, à la p. 459.

<sup>85</sup> *Ibid.*, à la p. 458.

<sup>86</sup> *Ibid.*, à la p. 459.

<sup>87</sup> *Ibid.*, à la p. 460.

<sup>88</sup> *Ibid.*, aux p. 460 et 461.

<sup>89</sup> *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), à la p. 487.

<sup>90</sup> *Ibid.*, aux p. 488 et 489.

<sup>91</sup> *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, aux p. 439 et 440.

<sup>92</sup> L'avocat de l'intimé Sauvé a laissé entendre à la Cour que si les motifs de la Cour suprême étaient brefs, c'était notamment parce que le Parlement avait modifié la loi en cause peu de temps avant la date fixée pour l'audition par la Cour suprême. La Cour suprême a entendu et tranché le

dispensed with the case on May 27, 1993. The current s. 51(e) received Royal Assent on May 6, 1993.

<sup>93</sup> See *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87, p. 939.

<sup>94</sup> *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 88, p. 295 (hereinafter *RJR-MacDonald*).

<sup>95</sup> *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182, p. 605 per Iacobucci J.; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, pp. 684-685 per La Forest J.; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 108, p. 554, per Iacobucci J.

<sup>96</sup> See *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 103, pp. 882-883.

<sup>97</sup> *Supra*, note 62, at pp. 879-880.

<sup>98</sup> *RJR-MacDonald*, *supra.*, at paras. 79-81, pp. 285-289, per La Forest J. "I conclude that an appellate court may interfere with a finding of a trial judge respecting a legislative or social fact in issue in a determination of constitutionality whenever it finds that the trial judge erred in the consideration or appreciation of the matter".

<sup>99</sup> The two motions in question were presented to the House by Mr. Peter Milliken (Kingston and the Islands). See *House of Commons Debates*, 34th Parliament, 3rd session, Vol. 14, at p. 18011 *et seq.* (April 2, 1993).

<sup>100</sup> At para. 139 of his lengthy factum, Mr. Peltz submits that "the objectives of punishment and civic virtue were rejected in [the earlier *Sauvé* and *Belczowski*] cases, and must be rejected again now".

<sup>101</sup> See, e.g., the recommendation of the Lortie Commission, at Appeal Book, pp. 648-652. See also *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Committee on Electoral Reform*, January 28-29, 1993 and February 23, 1993, at Appeal Book, pp. 673-674, 680-682.

<sup>102</sup> Added as a deemed party by order dated July 10, 1997 pursuant to s. 57(5), *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as am. [by S.C. 1990, c. 8, s. 19].

<sup>103</sup> In *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, the majority of the Supreme Court upheld similarly abstract objectives. At para. 38, p. 902, La Forest J. wrote that:

I have no doubt that the primary goal of the impugned legislation is to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Nor do I doubt that such an objective is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society.

<sup>104</sup> *Supra*, note 62, at pp. 882-883.

<sup>105</sup> See *Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3 (C.A.), at p. 98 (per Linden J.A., dissenting on other grounds).

<sup>106</sup> *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 108, p. 73 (hereinafter *M. v. H.*).

pourvoi le 27 mai 1993. L'art. 51e) actuellement en vigueur a reçu la sanction royale le 6 mai 1993.

<sup>93</sup> Voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 87, p. 939.

<sup>94</sup> *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au par. 88, p. 295 (*RJR-MacDonald*).

<sup>95</sup> *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182, p. 605, le juge Iacobucci; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 84, p. 684 et 685, le juge La Forest; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 108, p. 554, le juge Iacobucci.

<sup>96</sup> Voir *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par 103, p. 882 et 883.

<sup>97</sup> Précité, note 62, aux p. 879 et 880.

<sup>98</sup> *RJR-Macdonald*, précité, aux par. 79 à 81, p. 285 à 289, le juge La Forest «je conclus qu'une cour d'appel peut modifier une conclusion d'un juge de première instance concernant un fait législatif ou social en cause dans une détermination de la constitutionnalité lorsqu'elle décide que le juge de première instance a commis une erreur dans son examen ou son évaluation de la question.»

<sup>99</sup> Les deux motions en cause ont été présentées à la Chambre des communes par M. Peter Milliken (Kingston et les Îles). Voir *Débats de la Chambre des communes*, 34<sup>e</sup> Lég., 3<sup>e</sup> session, vol. 14, à la p. 18011 et suiv. (2 avril 1993).

<sup>100</sup> Au par. 139 de son long mémoire, M<sup>e</sup> Peltz soutient que [TRADUCTION] «les objectifs du châtiement et de la vertu civique ont été rejetés dans ces arrêts [antérieurs *Sauvé* et *Belczowski*] et ils doivent être rejetés encore une fois.»

<sup>101</sup> Voir, par ex. la recommandation de la Commission Lortie, Cahier d'appel, aux p. 648 à 652. Voir aussi *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial sur la réforme électorale*, 28 et 29 janvier 1993, Cahier d'appel, aux p. 673 et 674, 680 à 682.

<sup>102</sup> Réputé partie à l'instance par une ordonnance en date du 10 juillet 1997 conformément à l'art. 57(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, mod. [par L.C. 1990, ch. 8, art. 19].

<sup>103</sup> Dans l'arrêt *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, la Cour suprême a déclaré valides, à la majorité, des objectifs abstraits similaires. Au par. 38, p. 902, le juge La Forest a écrit:

Je ne doute pas que la loi contestée ait principalement pour but de maintenir et de renforcer l'intégrité du processus électoral. Je ne doute pas non plus qu'un tel objectif soit toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique.

<sup>104</sup> Précité, note 62, aux p. 882 et 883.

<sup>105</sup> Voir *Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.), à la p. 98 (C.A.) (le juge Linden, J.C.A., dissident pour d'autres motifs).

<sup>106</sup> *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 108, p. 73 (*M. c. H.*).



<sup>107</sup> *Thomson Newspapers, supra*, note 93, at para. 39, pp. 913-914.

<sup>108</sup> *Supra*, note 62, at pp. 885-887.

<sup>109</sup> See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 782, per Dickson C.J.C. See also *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at p. 1489 per La Forest J. "The difficulty I have with this [least drastic means] approach is that it seeks to apply the *Oakes* test in too rigid a fashion, without regard to the context in which it is to be applied".

<sup>110</sup> See, e.g., *Irwin Toy v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-994.

<sup>111</sup> *Sauvé, supra*, note 62, at p. 892, citing *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, at pp. 342-343 and *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at p. 1009.

<sup>112</sup> *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 103, pp. 882-883.

<sup>113</sup> See *Thomson Newspapers v. Canada (Attorney General)*, *supra*, note 93, at paras. 111-117, pp. 955-962.

<sup>114</sup> *Ibid.*, at para. 111, p. 955.

<sup>115</sup> *Ibid.*, at para. 113, pp. 956-957.

<sup>116</sup> *Ibid.*, at para. 114, pp. 957-958.

<sup>117</sup> *Ibid.*, at para. 116, pp. 960-961.

<sup>118</sup> In an instructive article, Professor Errol Mendes points out that even in criminal law cases, where the state acts as "singular antagonist", the Supreme Court has given deference to Parliament on their choices. See Errol P. Mendes "The Crucible of the *Charter*: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1" in Beaudoin and Mendes, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1996), at pp. 3-24 to 3-27.

<sup>119</sup> *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, at para. 135, pp. 331-332.

<sup>120</sup> See *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 38, pp. 901-902.

<sup>121</sup> *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 502, quoting *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), per Borins J.

<sup>122</sup> See *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, per Lamer C.J. At p. 725 Lamer C.J. reproduces the passage from *R. v. Guiller, supra*.

<sup>123</sup> For an article which is very critical of recent trends towards deference in sentencing, see Gareth Morley, "A Just Measure of Pain? Sentencing and Sentencing Reform in the Era of the *Charter*" (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 269.

<sup>124</sup> *Supra*, note 62, at pp. 898-899.

<sup>125</sup> It is for precisely this reason that sometimes serious crimes draw only a sentence of two years less one day, to keep the offender out of federal prison.

<sup>126</sup> *Supra*, note 62, at p. 897.

<sup>127</sup> *Harvey, supra*, at paras. 46-47, pp. 905-906.

<sup>128</sup> In this sense the legislation follows the theory that serious criminal conviction represents a wrong against the

<sup>107</sup> *Thomson Newspapers*, précité, note 93, au par. 39, p. 913 et 914.

<sup>108</sup> Précité, note 62, aux p. 885 à 887.

<sup>109</sup> Voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 782, le juge en chef Dickson. Voir aussi *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1489, le juge La Forest «La difficulté que je vois dans ce point de vue est qu'on cherche à appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* d'une manière trop rigide, sans égard au contexte dans lequel il doit être appliqué.»

<sup>110</sup> Voir, par ex., *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux p. 993 et 994.

<sup>111</sup> *Sauvé*, précité, note 62, à la p. 892, citant *RJR-MacDonald Inc.*, précité, aux p. 342 et 343; et *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, à la p. 1009.

<sup>112</sup> *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 103, p. 882 et 883.

<sup>113</sup> Voir *Thomson Newspapers c. Canada (Procureur général)*, précité, note 93, au par. 111 à 117, p. 955 à 962.

<sup>114</sup> *Ibid.*, au par. 111, p. 955.

<sup>115</sup> *Ibid.*, au par. 113, p. 956 et 957.

<sup>116</sup> *Ibid.*, au par. 114, p. 957 et 958.

<sup>117</sup> *Ibid.*, au par. 116, p. 960 et 961.

<sup>118</sup> Dans un article instructif, le professeur Errol Mendes souligne que même en matière criminelle, lorsque l'État agit comme «adversaire singulier», la Cour suprême du Canada fait preuve de retenue à l'égard des choix du Parlement. Voir Errol P. Mendes «The Crucible of the *Charter*: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1» dans *Charte canadienne des droits et libertés*, sous la direction de Beaudoin et Mendes (Montréal: Wilson et Lafleur, 1996), aux p. 124 à 128.

<sup>119</sup> *RJR-MacDonald Inc.*, précité, au par. 135, p. 331 et 332.

<sup>120</sup> Voir *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, au par. 38, p. 901 et 902.

<sup>121</sup> *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, à la p. 502, citant *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.), le juge Borins.

<sup>122</sup> Voir *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, le juge en chef Lamer. À la p. 725, le juge en chef Lamer a reproduit l'extrait de *R. v. Guiller, supra*.

<sup>123</sup> On trouve un article très critique des récentes tendances à la retenue relativement à la détermination de la peine dans Gareth Morley, «A Just Measure of Pain? Sentencing and Sentencing Reform in the Era of the *Charter*» (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 269.

<sup>124</sup> Précité, note 62, aux p. 898 et 899.

<sup>125</sup> C'est précisément pour cette raison que des infractions graves n'entraînent parfois qu'une peine de deux ans moins un jour, pour garder le contrevenant à l'écart des pénitenciers fédéraux.

<sup>126</sup> Précité, note 62, à la p. 897.

<sup>127</sup> *Harvey*, précité, aux par. 46 et 47, p. 905 et 906.

<sup>128</sup> En ce sens, la loi suit la théorie selon laquelle une déclaration de culpabilité pour une infraction criminelle

community as a whole. See, e.g., Alan W. Mewett and Morris Manning, *Mewett and Manning on Criminal Law* (3rd ed.) (Markham, Ont.: Butterworths, 1994), at p. 19 “Thus the essence of criminal law is its public nature. A crime is, in fact, not a wrong against the actual person harmed, if there is one—the victim as he may be called (although it may also and coincidentally be a civil wrong against him)—but a wrong against the community as a whole.”

<sup>129</sup> Clayton Ruby, *Sentencing*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1980), at pp. 331-332.

<sup>130</sup> [1941] S.C.R. 396.

<sup>131</sup> *Ibid.*, at pp. 414-416. See also *Condo v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)*, [1999] O.J. No. 1601 (Div. Ct.) (QL); *R. v. Joslin* (1981), 59 C.C.C. (2d) 512 (Ont. C.A.).

<sup>132</sup> See, e.g., *Ross v. Registrar of Motor Vehicles et al.*, [1975] 1 S.C.R. 5, at p. 13, per Pigeon J. “It should now be taken as settled that civil consequences of a criminal act are not to be considered as ‘punishment’ so as to bring the matter within the exclusive jurisdiction of Parliament.”

<sup>133</sup> See e.g., *Barclay (D. & G.) Builders Ltd. and St. Jane Plaza Ltd., Re*, [1973] 1 O.R. 579 (Div. Ct.).

<sup>134</sup> In *R. v. Mitri*, [1989] O.J. No. 1873 (Prov. Ct.) (QL), Megginson J. confessed to some difficulty drawing a line between civil consequence and criminal sanction. He wrote [at p. 2] that:

Another interjection is necessary at this point. The “inter-provincial” aspect of the present case is a complication. Ontario’s highway traffic legislation imposes a resultant automatic “driver’s licence suspension” upon conviction for such a criminal “driving” offence as the one relevant herein that is considerably in excess of the (minimum) sentencing powers of the criminal court Judge with respect to the case then before him: see the Highway Traffic Act, s. 28. However, such resultant “civil consequence of conviction” (loss of driver’s licence) is absolutely nothing to do with, and is completely independent from, the proper function of the criminal court Judge in assessing a proper sentence (including order of prohibition from driving in Canada under [now] s. 259 of the Criminal Code), upon conviction of the accused for the criminal “driving” offence. The distinction between an order of prohibition under [now] s. 259 of the Code (as part of the sentence imposed by the Court upon conviction of the criminal offence), and a “resultant civil consequence” of such conviction (in the form of a driver’s licence suspension under applicable provincial highway traffic legislation, varying from province to province), is poorly understood, even by lawyers. They are legally-distinct items, and do not necessarily coincide. The “prohibition” under [now] s. 259 of the Code is in the nature of an order in personam, prohibiting the accused person from driving anywhere in Canada, for a period of

grave constitue un préjudice causé à l’ensemble de la collectivité. Voir, par ex., Alan W. Mewett et Morris Manning, *Mewett and Manning on Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd.) (Markham, Ont.: Butterworths, 1994), à la p. 19 [TRADUCTION] «Ainsi, l’essence du droit criminel est sa nature publique. Un crime est, en fait, non pas un acte fautif envers la personne qui subit effectivement un préjudice, s’il en est une—qu’on peut appeler la victime (bien qu’il puisse constituer aussi, par coïncidence, un acte fautif de nature civile)—mais un acte fautif contre l’ensemble de la collectivité.»

<sup>129</sup> Clayton Ruby, *Sentencing* (2<sup>e</sup> éd.) (Toronto: Butterworths, 1980), aux p. 331 et 332.

<sup>130</sup> [1941] R.C.S. 396.

<sup>131</sup> *Ibid.*, aux p. 414 à 416. Voir aussi *Condo v. Ontario (Registrar of Motor Vehicles)*, [1999] O.J. n<sup>o</sup> 1601 (C. div.) (QL); *R. v. Joslin* (1981), 59 C.C.C. (2d) 512 (C.A. Ont.).

<sup>132</sup> Voir, par ex., *Ross c. Registraire des véhicules automobiles et autre*, [1975] 1 R.C.S. 5, à la p. 13, le juge Pigeon «Il faut maintenant tenir pour réglé que les conséquences civiles d’un acte criminel ne doivent pas être considérées comme une “peine” de façon à faire relever la question de la compétence exclusive du Parlement.»

<sup>133</sup> Voir, par ex., *Barclay (D. & G.) Builders Ltd. and St. Jane Plaza Ltd., Re*, [1973] 1 O.R. 579 (C. div.).

<sup>134</sup> Dans *R. v. Mitri*, [1989] O.J. n<sup>o</sup> 1873 (C. prov.) (QL), le juge Megginson avoue avoir de la difficulté à tracer une ligne entre la conséquence civile et la sanction criminelle [à la p. 2]:

[TRADUCTION] Je dois m’interrompre à nouveau ici. L’aspect «interprovincial» de la présente affaire complique les choses. Le code de la route ontarien impose une «suspension du permis de conduire» automatique résultant d’une déclaration de culpabilité d’une infraction «relative à la conduite d’un véhicule» comme celle en cause en l’espèce qui outrepassa de beaucoup les pouvoirs (minimums) de détermination de la peine du juge de la cour criminelle relativement à l’affaire dont il est saisi: voir le Code de la route, art. 28. Toutefois, une telle «conséquence civile résultant de la déclaration de culpabilité» (la perte du permis de conduire) n’a absolument rien à voir et n’a aucun lien avec la fonction qu’exerce à juste titre le juge de la cour criminelle en déterminant la sentence qui doit être prononcée (y compris une ordonnance d’interdiction de conduire au Canada en vertu de l’[actuel] art. 259 du Code criminel), une fois le contrevenant reconnu coupable d’une infraction «relative à la conduite d’un véhicule». La distinction entre une ordonnance d’interdiction sous le régime de l’[actuel] art. 259 du Code criminel (qui fait partie de la peine infligée par la Cour à la suite d’une déclaration de culpabilité relative à l’infraction criminelle) et une «conséquence civile résultant» de cette déclaration de culpabilité (qui prend la forme d’une suspension du permis de conduire en vertu du code de la route provincial applicable, qui varie d’une province à l’autre) est mal comprise, même par les

from 3 months to 3 years, and is part of the sentence of the convicting Court, to be assessed upon normal sentencing principles relative to the facts of the case at bar; the provincial “driver’s licence suspension” is an “automatic” civil consequence, tied to conviction of the criminal offence, and may be for a period of time different from (and perhaps greater than) the sentence of the convicting Court. [Emphasis added.]

<sup>135</sup> Many federal statutes create “additional” sanctions which attach to criminal conviction by operation of law. Most such sanctions arise at the discretion of the relevant federal officer. Giving discretion to federal officers in investigatory circumstances makes good policy sense, as it allows for flexibility and gives the “target” of investigations incentive to co-operate with investigators. There are, however, many sanctions which automatically apply following conviction. For example, s. 77(1) [as am. by S.C. 1993, c. 19, s. 34] of the CEA, which was at issue in the *Harvey* case, withdraws the right of a person to be a candidate in an election if that person has been convicted of committing an offence at an election which constitutes a corrupt practice. Other examples include s. 748(1) [as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 6] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which vacates public office held by anyone imprisoned for more than two years following conviction for an indictable offence; s. 78(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, which vacates the office of band chief or councillor if the holder of that office has been convicted of an indictable offence; s. 41(2) of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1, which disqualifies a member of the House of Commons from membership for five years following conviction on charges of receiving compensation for the purposes of influencing the business of the House or Senate; and s. 42(1) of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, which contemplates an automatic consequence by enabling the Governor in Council to make regulations providing for the reduction of any annuity for a person convicted of an indictable offence committed by them while employed in the public service.

<sup>136</sup> *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, p. 342, per McLachlin J.

<sup>137</sup> *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 248; quoted with appro-

avocats. Ce sont des éléments distincts en droit, et qui ne coïncident pas nécessairement. L’«interdiction» sous le régime de l’[actuel] art. 259 du Code criminel est de la nature d’une ordonnance in personam interdisant à l’accusé de conduire où que ce soit au Canada, pour une période de 3 mois à 3 ans, et fait partie de la peine que lui inflige le tribunal qui l’a reconnu coupable en tenant compte des principes habituels de détermination de la peine concernant les faits de l’espèce; la «suspension du permis de conduire» sous le régime provincial est une conséquence civile «automatique» rattachée à la déclaration de culpabilité relativement à une infraction criminelle et peut avoir une durée différente (qui se prolonge peut-être au-delà) de celle de la peine infligée par la Cour qui prononce la déclaration de culpabilité. [Non souligné dans l’original.]

<sup>135</sup> De nombreuses lois fédérales créent des sanctions «additionnelles» qui se rattachent à une déclaration de culpabilité criminelle par effet de la loi. La plupart de ces sanctions relèvent du pouvoir discrétionnaire du fonctionnaire fédéral compétent. L’attribution d’un pouvoir discrétionnaire au fonctionnaire fédéral dans le cadre d’une enquête est sensée sur le plan de la politique, car elle engendre une certaine souplesse et incite les personnes «visées» par l’enquête à collaborer avec les enquêteurs. Il existe toutefois de nombreuses sanctions qui s’appliquent automatiquement à la suite d’une condamnation. Par exemple, l’art. 77(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 19, art. 34] de la LEC, en cause dans l’affaire *Harvey*, prive une personne du droit de se porter candidate à une élection si elle a été déclarée coupable, à l’occasion d’une élection, d’une infraction qui constitue une manœuvre frauduleuse. À titre d’exemples, citons aussi l’art. 748(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 6] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en vertu duquel la charge occupée par une personne condamnée à un emprisonnement de deux ans ou plus après avoir été déclarée coupable d’un acte criminel devient vacante; l’art. 78(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, en vertu duquel la charge de chef ou de conseiller d’une bande indienne devient vacante lorsque son titulaire est déclaré coupable d’un acte criminel; l’art. 41(2) de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, en vertu duquel le député reconnu coupable d’avoir reçu une rémunération pour influencer la Chambre des communes ou le Sénat ne peut pas siéger à la Chambre des communes dans les cinq ans suivant sa condamnation; et l’art. 42(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, qui prévoit une conséquence automatique en autorisant le gouverneur en conseil à prendre des règlements prévoyant la réduction de la pension payable à une personne déclarée coupable d’un acte criminel commis par elle alors qu’elle était employée de la fonction publique.

<sup>136</sup> *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160, p. 342, le juge McLachlin.

<sup>137</sup> *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 248; cité avec approbation dans

val by the majority of the Court in *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, at para. 135, pp. 331-332.

<sup>138</sup> *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889.

<sup>139</sup> *Thomson Newspapers*, *supra*, note 93 at para. 125, p. 969.

<sup>140</sup> For an example of the paramountcy of context in the proportionality test, see *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at paras. 62-63, pp. 512-513, *per* La Forest J. "In *RJR-MacDonald*, *supra*, I noted that the evidentiary requirements of a s. 1 analysis will vary substantially with the nature of the right infringed. In the case of freedom of expression, this Court has consistently held that the level of constitutional protection to which expression will be entitled varies with the nature of the expression . . . . Although freedom of expression is undoubtedly a fundamental value, there are other fundamental values that are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, as they often do, it is necessary for the courts to make choices based not upon an abstract, platonic analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context".

<sup>141</sup> See *Thomson Newspapers*, *supra*, note 93, at paras. 123-127, pp. 967-971; see also *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 888-889.

<sup>142</sup> See *Harvey*, *supra*, at para. 48, p. 906, *per* La Forest J., "The final step in the *Oakes* analysis is to determine if the effects of s. 119(c), the removal of the appellant as the member for Carleton North and his five-year disqualification from running as a candidate, are proportional to the section's objective of ensuring the integrity of the electoral process".

<sup>143</sup> One of the government's expert witnesses has written an article elucidating this view—which she took at trial—from a feminist perspective. See Jean Hampton, "Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law" (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 23, at p. 43. While her conclusion is a narrower one than is reached by these reasons, her argument that "this law links the exercise of freedom with responsibility for its effects" is critical to my view that the law is proportionate. As Hampton writes, "Indeed, *not* to construct a punishment that sends this message is . . . to indirectly undermine the values of a democratic society".

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 493.

<sup>146</sup> Legislation is often used to signal changes in societal norms. For example, in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 828, the Supreme Court expressly noted the signalling function of the *Divorce Act* of 1968 [S.C. 1967-68, c. 24], which instituted "no-fault" divorce in Canada. In the context of the penal sanction, Courts have noted that the signalling function played by legislation which increases

*RJR-MacDonald Inc.*, précité, au par. 135, p. 331 et 332.

<sup>138</sup> *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 889.

<sup>139</sup> *Thomson Newspapers*, précité, note 93, au par. 125, p. 969.

<sup>140</sup> On trouve un exemple de l'importance prépondérante du contexte dans le critère de la proportionnalité dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, aux par. 62 et 63, p. 512 et 513, le juge La Forest «Dans *RJR-MacDonald*, précité, j'ai souligné que les exigences en matière de preuve dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier varient considérablement en fonction de la nature du droit en cause [. . .] Bien que la liberté d'expression constitue indubitablement une valeur fondamentale, il existe d'autres valeurs fondamentales qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, comme cela se produit souvent, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, platonicienne, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question.»

<sup>141</sup> Voir *Thomson Newspapers*, précité, note 93, aux par. 123 à 127, p. 967 à 971; voir aussi *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux p. 888 et 889.

<sup>142</sup> Voir *Harvey*, précité, au par. 48, p. 906, le juge La Forest «La dernière étape de l'analyse proposée dans *Oakes* consiste à déterminer si les effets de l'al. 119c), à savoir la destitution de l'appelant de sa charge de député de Carleton-Nord et la période d'inéligibilité de cinq ans, sont proportionnels à l'objectif de cette disposition, qui est de garantir l'intégrité du processus électoral.»

<sup>143</sup> L'un des témoins experts du gouvernement a écrit un article expliquant ce point de vue—qu'elle a fait valoir lors de l'instruction—sous un angle féministe. Voir Jean Hampton, «Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law.» (1998), 11 *Can. J. Law & Jur.* 23, p. 43. Bien que sa conclusion soit de portée plus étroite que celle tirée dans les présents motifs, son argument portant que [TRADUCTION] «cette loi lie l'exercice de la liberté à la responsabilité relativement à ses effets» est crucial dans mon opinion que la loi est proportionnée. Comme l'affirme M<sup>me</sup> Hampton, [TRADUCTION] «En fait, *ne pas* prévoir un châtement qui transmet ce message [. . .] mine indirectement les valeurs d'une société démocratique.»

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 493.

<sup>146</sup> On a souvent recours à la législation pour mettre en relief des changements dans les normes de la société. Par exemple, dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, à la p. 828, la Cour suprême note expressément que la *Loi sur le divorce* de 1968 [S.C. 1967-68, ch. 24] envoie un signal en reconnaissant le divorce «sans notion de faute» au Canada. Dans le contexte de la sanction pénale, les tribu-

sentences on the basis of past convictions is an important part of their efficacy: see, e.g., *R. v. Stewart* (1991), 27 M.V.R. (2d) 187 (B.C.S.C.), at p. 205: “Parliament has decided not to adopt an arbitrary limit and the legislation sends out a clear message to the drinking public that although a previous conviction is old, it is serious and will be relevant for sentencing purposes if the illegal behaviour is repeated”.

<sup>147</sup> See article *supra*, note 143.

<sup>148</sup> Report of Dr. Thomas Pangle, Appeal Book, at pp. 954-955.

<sup>149</sup> See trial transcript, Vol. II, at pp. 404-405.

<sup>150</sup> See trial transcript, Vol. I, at pp. 169-170.

<sup>151</sup> In notable *obiter dicta*, Arbour J.A. of the Ontario Court of Appeal wrote [in *Sauvé v. Canada (Attorney General)*] (1992), 7 O.R. (3d) 481, at p. 487 that:

By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a “decent and responsible citizenry”, . . . in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.

I wholeheartedly agree that ours is a pluralistic electorate and that those citizens who use the levers of political power for the purpose of radically altering or even terminating the Canadian federation are entitled to do so under our democracy. I do not take her comments to mean, however, that the state is prohibited from preventing those convicted of treason or other serious crimes from voting.

<sup>152</sup> Cross-examination of plaintiff Aaron Spence, Appeal Book, at pp. 896-899.

<sup>153</sup> Report of Dr. Colin Meredith, at Appeal Book, p. 1064. Unfortunately, Dr. Meredith provides no data regarding the actual length of sentences served prior to the granting of parole.

<sup>154</sup> Report of Dr. Colin Meredith, Appeal Book, at p. 1066. For a sample of the size analyzed for his report, the true value of this measure would be expected to fall between 26.9 and 32.2 convictions, 19 times out of 20. While it is unfortunate that we do not have median values for this calculation, or a histogram by number of convictions, I am satisfied that one can reasonably draw the conclusion that this legislation successfully targets multiple offenders.

<sup>155</sup> Report of Dr. Colin Meredith, Appeal Book, at p. 1067. For a sample of the size analyzed for his report, the true value of this measure would be expected to fall between 22.6 and 27.7 convictions, 19 times out of 20. While it is unfortunate that we do not have median values for this

naux ont noté que le signal transmis par des mesures législatives qui prévoient une peine plus longue en fonction des condamnations antérieures joue un rôle important dans l'efficacité des peines: voir, par ex., *R. v. Stewart* (1991), 27 M.V.R. (2d) 187 (C.S.C.-B.), à la p. 205: [TRADUCTION] «Le Parlement a décidé de ne pas adopter une limite arbitraire et la loi transmet un message clair à la population qui consomme de l'alcool selon lequel une condamnation antérieure, même ancienne, est grave et sera pertinente quant à la détermination de la peine si le comportement illégal se répète.»

<sup>147</sup> Voir l'article précité, note 143.

<sup>148</sup> Rapport de M. Thomas Pangle, Cahier d'appel, aux p. 954 et 955.

<sup>149</sup> Transcription de l'instruction, Vol. II, aux p. 404 et 405.

<sup>150</sup> Transcription de l'instruction, Vol. I, aux p. 169 et 170.

<sup>151</sup> Dans une remarque incidente digne de mention, le juge Arbour de la Cour d'appel de l'Ontario a écrit, [dans *Sauvé v. Canada (Attorney General)*] (1992), 7 O.R. (3d) 481, à la p. 487:

Au moment de l'entrée en vigueur de la Charte, les exclusions au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu'on peut supposer à juste titre que nous avions abandonné l'idée que l'électorat doit se limiter aux «citoyens honnêtes et responsables» [ . . . ] en faveur d'un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l'État.

Je partage entièrement son avis que notre électorat est pluraliste et que les personnes qui utilisent les leviers du pouvoir politique dans le but de modifier radicalement ou même de détruire la fédération canadienne ont le droit d'agir ainsi sous notre régime démocratique. Je n'interprète toutefois pas ses remarques comme signifiant qu'il est interdit à l'État d'empêcher de voter les personnes déclarées coupables de trahison ou d'autres infractions graves.

<sup>152</sup> Contre-interrogatoire du demandeur Aaron Spence, Cahier d'appel, aux p. 896 à 899.

<sup>153</sup> Rapport de M. Colin Meredith, Cahier d'appel, à la p. 1064. Malheureusement, M. Meredith ne fournit aucune donnée concernant la durée réelle des peines purgées avant l'obtention d'une libération conditionnelle.

<sup>154</sup> Rapport de M. Colin Meredith, Cahier d'appel, à la p. 1066. Pour un échantillon de la taille de celui analysé dans son rapport, la valeur réelle de cette mesure devrait se situer entre 26,9 et 32,2 condamnations, 19 fois sur 20. Bien qu'il soit dommage que nous n'ayons pas de valeurs médianes pour ce calcul, ni d'histogramme selon le nombre de condamnations, je suis convaincu qu'on peut raisonnablement tirer la conclusion que la loi atteint effectivement les auteurs d'infractions multiples.

<sup>155</sup> Rapport de M. Colin Meredith, Cahier d'appel, à la p. 1067. Pour un échantillon de la taille de celui analysé dans son rapport, la valeur réelle de cette mesure devrait se situer entre 22,6 et 27,7 condamnations, 19 fois sur 20. Bien qu'il soit dommage que nous n'ayons pas de valeurs médianes

calculation, or a histogram by number of convictions prior to the most recent conviction, I am satisfied that one can reasonably draw the conclusion that this legislation successfully targets repeat offenders.

<sup>156</sup> *Supra*, note 62, at pp. 914-916.

<sup>157</sup> Compare the decisions of the Supreme Court in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; and *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 with the decisions in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 247; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; and *Friend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

<sup>158</sup> [1999] 1 S.C.R. 497 (hereinafter *Law*).

<sup>159</sup> Alternatively, the claimant may show that the state action draws a distinction against a group based on a convergence of enumerated or analogous grounds. For example, the state may not pass legislation which discriminates on two bases, say race and gender, and then claim that the second test is not met because no one ground is the basis of the impugned law. The manner in which a convergence of grounds may affect a subsection 15(1) analysis is, of course, better left for another day. *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689 (C.A.), at pp. 727-728; see also *Law, supra*, note 158, at para. 37, p. 523.

<sup>160</sup> *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 63, p. 52.

<sup>161</sup> *Supra*, note 62, at p. 921.

<sup>162</sup> *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55 (T.D.), at p. 112.

<sup>163</sup> *Belczowski, supra*, note 81, at p. 162.

<sup>164</sup> *McKinnon (R.J.) v. M.N.R.*, [1991] 2 C.T.C. 2284 (T.C.C.), at p. 2287.

<sup>165</sup> *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (T.C.C.), at p. 2750; "A person who is imprisoned is not there by some subjective distinguishing mark; he is there or she is there by reason of some conduct prior to entering prison and there was nothing to distinguish that person or discriminate against that person as a member of society before they entered prison. And in prison, there is nothing to distinguish that member of society in the classes which are identified in section 15, or analogous to those classes. It is only an accident of history by reason of conduct which was found to be criminal that causes them to be prisoners, and that is not a discriminatory category. It distinguishes them from citizens who are free, and they are clearly distinguished because they are in prison, but they are not discriminated against just because they have been distinguished as persons who have committed crimes".

<sup>166</sup> *Mulligan v. Canada*, [1996] T.C.J. No. 1688 (T.C.C.) (QL), at para. 7; folld in *Wells v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2112 (T.C.C.).

<sup>167</sup> *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168 (T.D.), at para. 14, pp. 175-176.

pour ce calcul, ni d'histogramme selon le nombre de condamnations antérieures à la plus récente, je suis convaincu qu'on peut raisonnablement tirer la conclusion que la loi atteint effectivement les récidivistes.

<sup>156</sup> Précité, note 62, aux p. 914 à 916.

<sup>157</sup> Comparer les arrêts de la Cour suprême dans les affaires *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; et *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 avec les arrêts *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 247; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; et *Friend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

<sup>158</sup> [1999] 1 R.C.S. 497 (l'arrêt *Law*).

<sup>159</sup> Subsidiairement, le demandeur peut démontrer que la mesure prise par l'État établit une distinction contre un groupe fondée sur une convergence de motifs énumérés ou analogues. Par exemple, l'État ne peut pas adopter des mesures législatives qui établissent une distinction fondée sur deux facteurs, comme la race et le sexe, et prétendre ensuite qu'on n'a pas satisfait au deuxième critère parce que la mesure législative contestée n'est pas fondée sur un motif unique. Il vaut évidemment mieux reporter à une autre occasion l'examen de la manière dont une convergence de facteurs peut avoir une incidence sur l'analyse effectuée en regard du paragraphe 15(1). *Bande indienne de Batchewana (Membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689 (C.A.), aux p. 727 et 728; voir aussi *Law*, précité, note 158, au par. 37, p. 523.

<sup>160</sup> *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 63, p. 52.

<sup>161</sup> Précité, note 62, à la p. 921.

<sup>162</sup> *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55 (1<sup>o</sup> inst.), à la p. 112.

<sup>163</sup> *Belczowski*, précité, note 81, à la p. 162.

<sup>164</sup> *McKinnon (R.J.) c. M.R.N.*, [1991] 2 C.T.C. 2284 (C.C.I.), à la p. 2287.

<sup>165</sup> *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (C.C.I.), à la p. 2750. «Un détenu ne se trouve pas en prison à cause d'une caractéristique subjective; il est là en raison d'un comportement quelconque et, avant son incarcération, rien ne permettait d'établir une distinction entre lui et les autres membres de la société. Une fois incarcéré, ce membre de la société ne peut invoquer l'un des motifs énumérés à l'article 15 ou un autre motif de discrimination analogue. Ce n'est qu'à cause d'un accident de parcours, d'un comportement qui a été jugé de nature criminelle, que cette personne est détenue, et cela ne constitue pas un motif de discrimination. Le fait d'être détenue la distingue manifestement des citoyens qui sont libres, mais elle ne fait pas l'objet de discrimination simplement parce qu'elle est reconnue comme étant une personne ayant commis un crime.»

<sup>166</sup> *Mulligan c. Canada*, [1996] A.C.I. n° 1688 (C.C.I.) (QL), au par. 7; suivi dans *Wells c. R.*, [1997] C.T.C. 2112 (C.C.I.).

<sup>167</sup> *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168 (1<sup>o</sup> inst.), au par. 14, p. 175 et 176.

<sup>168</sup> *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)*, [1999] F.C.J. No. 330 (T.D.) (QL), at paras. 79 and 91.

<sup>169</sup> *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1, at paras. 7-8, p. 13.

<sup>170</sup> *Ibid.*, at para. 13, p. 15.

<sup>171</sup> See the report of Dr. Colin Meredith, Appeal Book, at p. 1065.

<sup>172</sup> Statistics Canada, 1998 figures.

<sup>168</sup> *Alcorn c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1999] A.C.F. n° 330 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux par. 79 et 91.

<sup>169</sup> *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1, aux par. 7 et 8, p. 13.

<sup>170</sup> *Ibid.*, au par. 13, p. 15.

<sup>171</sup> Voir le rapport de M. Colin Meredith, Cahier d'appel, à la p. 1065.

<sup>172</sup> Statistique Canada, données de 1998.