

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

AND IN THE MATTER OF certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

AND IN THE MATTER OF an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 10 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Kent E. Thomson (LSO# 24264J)
Tel: 416.863.5566
Email: kentthomson@dwpv.com

Elisa K. Kearney (LSO# 49342T)
Tel: 416.367.7450
Email: ekearney@dwpv.com

Chantelle T.M. Cseh (LSO# 60620Q)
Tel: 416.367.7552
Email: ccseh@dwpv.com

Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Tel: 416.863.5516
Email: csethi@dwpv.com

Chenyang Li (LSO# 73249C)
Tel: 416.367.7623
Email: cli@dwpv.com

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
Department of Justice Canada
Competition Bureau Legal Services
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street, 22nd Floor
Gatineau, QC K1A 0C9

Alexander M. Gay

Email: alexander.gay@cb-bc.gc.ca

Donald Houston

Email: donald.houston@cb-bc.gc.ca

John Syme

Email: john.syme@cb-bc.gc.ca

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bq.ca

Katherine Rydel

Email: katherine.rydel@cb-bc.gc.ca

Sanjay Kumbhare

Email: sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Suite 600
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
SECONDARY SOURCES		
VOLUME 1		
1)	Blackstone, <i>Commentaries on the Laws of England</i> 343 (1769)	1
2)	<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. (Don Mills: Oxford University Press, 2004), p. 6 (“Abuse”) and p. 1529 (“Stigma”)	5
3)	<i>Collins English Dictionary</i> , 3 ed. (Glasgow: HarperCollins, 1992), p. 7 (“Abuse”)	9
4)	Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)	12
5)	European Commission, “Procedures in Article 102 Investigations”, online: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en	14
6)	European Union, “Guidelines for setting fines” (2020), online: https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-for-setting-fines.html	18
7)	Forsyth, <i>History of Trial by Jury</i> (London: John W Parker and Son, 1852), pp. 8-9	21
8)	Goldman, “The Impact of the Competition Act of 1986” in R.S. Khemani and W.T. Stanbury, eds., <i>Canadian Competition Law and Policy at the Centenary</i> (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1991)	26
9)	Goldman & Joneja, “The Institutional Design of Canadian Competition Law: The Evolving Role of the Commissioner” (2010) 41:3 Loy. U. Chi. L.J. 535	28
10)	Hogg & Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2020+), §47.15, §48:18, §48:21, §51.3	66
11)	Johnston, <i>The People’s Champion: Trial by Jury</i> (Toronto: LexisNexis Canada, 2024) §2.05.	90

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
12)	Jordan, “An Examination of the Proposed Amendments to the Canadian Competition Law: Bill C-91” (1986) 10:2 Suffolk Transnat’l. L.J. 473	97
13)	McGuinness, <i>The Encyclopedic Dictionary of Canadian Law</i> (Toronto: Lexis-Nexis, 2021), Vol. 3, p. S-317 (“Stigma”)	111
14)	McLeod, “Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” 30 Nat’l. J. Const. L. 59	114
15)	<i>Paperback Oxford English Dictionary</i> (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 4 (“Abuse”)	140
16)	<i>Public Prosecution Service of Canada Deskbook</i> (Ottawa: Public Prosecution Service of Canada, 2014-2020), 4.2	143
17)	Rankin, “The Origins, Evolution and Puzzling Irrelevance of Jury Recommendations in Second Degree Murder Sentencing” (2015) 40:2 Queen’s L.J. 531	148
18)	Robertson, “Canada Bread’s \$50-million fine sends ‘strong message’ against price fixing, Competition Commissioner says”, <i>The Globe and Mail</i> (22 June 2023)	178
19)	Sullivan, <i>The Construction of Statutes</i> , 7th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2022) §25.07	181
20)	<i>The Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 5 (“Abuse”)	198
21)	<i>The Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1959), Vol. I, p. 9 (“Abuse”), and Vol. II, pp. 2019-2020 (“Stigma”)	201
JUDICIAL AUTHORITIES		
VOLUME 2		
22)	3510395 <i>Canada Inc. v. Canada</i> , 2020 FCA 103 , leave refused, 2021 CanLII 15598 (SCC)	206
23)	<i>Air Canada c. Canada</i> , 2003 CarswellQue 14915 (CA)	337

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
24)	Anonymous Case, <i>Lib. Assisarum</i> , 41, 11 (1367), Translated and reprinted in Pound, <i>Readings on the History and System of the Common Law</i> , 2d ed. (Boston: Boston Book Company 1913)	371
25)	<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36	379
26)	<i>Canada v. Canada Pipe Company Ltd.</i> , 2006 FCA 233 , leave refused, 2007 CanLII 16765 (SCC)	407
VOLUME 3		
27)	<i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5315	461
28)	<i>Canada v. Federation of Law Societies</i> , 2015 SCC 7	542
29)	<i>Canada v. Harkat</i> , 2014 SCC 37	614
30)	<i>Canada v. Lalonde</i> , 2016 ONCA 923	685
31)	<i>Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)</i> , 1992 CarswellNS 15 (SCC)	703
VOLUME 4		
32)	<i>Canada v. Power</i> , 2024 SCC 26	755
33)	<i>Canadian National Transportation Ltd. v. Canada</i> , 1983 CarswellAlta 167 (SCC)	973
VOLUME 5		
34)	<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22	1027
35)	<i>Charkaoui v. Canada</i> , 2007 SCC 9	1110
36)	<i>Cheatle v. The Queen</i> , [1993] HCA 44	1189
37)	<i>Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing Limited</i> , CT-2012-003 (Consent Agreement, October 30, 2015)	1214
38)	<i>Commissioner of Competition v. Reliance Comfort Limited Partnership</i> , CT-2012-002 (Consent Agreement, November 5, 2014)	1221

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 6		
39)	<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2016 CACT 7 , affirmed, 2017 FCA 236 , leave refused, 2018 CanLII 78753 (SCC)	1235
VOLUME 7		
40)	<i>Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority</i> , 2019 CACT 6	1410
VOLUME 8		
41)	<i>Commissioner of Competition v. X</i> , 2018 ONSC 3374	1591
42)	<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario</i> , 1991 CarswellOnt 3004 (SCC)	1610
43)	<i>Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , 1990 CarswellINS 60 (SCC)	1625
44)	<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53	1630
45)	<i>Goodwin v. British Columbia</i> , 2015 SCC 46	1668
46)	<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41	1718
47)	<i>Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia</i> , 2008 NSSC 369	1784
VOLUME 9		
48)	<i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , 2025 SCC 6	1826
49)	<i>Kligman v. M.N.R.</i> , 2004 FCA 152	1979
50)	<i>MacBain v. Lederman</i> , 1985 CarswellNat 628 (FCA)	2042
51)	<i>Martineau v. MNR</i> , 2004 SCC 81	2075
52)	<i>New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission</i> , 1984 CarswellNat 66 (FCA)	2098
VOLUME 10		
53)	<i>Northwest Territories v. P.S.A.C.</i> , 2001 FCA 162	2118

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
54)	<i>Ontario v. G</i> , 2020 SCC 38	2157
55)	<i>Pearlman v. Law Society (Manitoba)</i> , 1991 CarswellMan 201 (SCC)	2308
VOLUME 11		
56)	<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada</i> , 1995 CanLII 64 (SCC)	2329
57)	<i>R. v. Albashir</i> , 2021 SCC 48	2497
58)	<i>R. v. Alexander</i> , 2003 BCCA 386	2556
59)	<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59	2572
VOLUME 12		
60)	<i>R. v. Archambault</i> , 2024 SCC 35	2619
61)	<i>R. c. Assoc. quebecoise des pharmaciens propriétaires</i> , 1995 CarswellQue 2219 (CS)	2799
62)	<i>R. v. Babos</i> , 2014 SCC 16	2813
63)	<i>R. v. BASF Aktiengesellschaft</i> , 1999 CarswellNat 6381 (FC)	2845
64)	<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , 1985 CarswellAlta 316 (SCC)	2880
VOLUME 13		
65)	<i>R. v. Bissonnette</i> , 2022 SCC 23	2933
66)	<i>R. v. Brown</i> , 2022 SCC 18	3004
67)	<i>R. v. Brunelle</i> , 2024 SCC 3	3090
68)	<i>R. v. Canada Bread Company Limited</i> , 2023 ONSC 3790	3163
69)	<i>R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.</i> , 2013 CarswellOnt 18740 (SCC)	3169
VOLUME 14		
70)	<i>R. v. Chouhan</i> , 2021 SCC 26	3177
71)	<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22	3331

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
72)	<i>R. v. Cross</i> , 2006 NSCA 30 , <i>leave refused</i> , 2006 CanLII 29077 (SCC)	3381
73)	<i>R. v. Domfoam Inc.</i> , 2012 CarswellOnt 17498 (SC)	3414
74)	<i>R. v. Eddy Match Co.</i> , 1953 CarswellQue 16 (CA)	3430
75)	<i>R. v. Elliott</i> , [1905] O.J. No. 162 [starting at ¶38] (C.A.)	3450
VOLUME 15		
76)	<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6	3463
77)	<i>R. v. Furukawa Electric Co.</i> , 2013 CarswellOnt 18744 (SC)	3498
78)	<i>R. v. G. (R.M.)</i> , 1996 CanLII 176 (SCC)	3504
79)	<i>R. v. Grant</i> , 1993 CarswellBC 1168 (SCC)	3547
80)	<i>R v. Grant</i> , 2009 SCC 32	3576
81)	<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73	3683
VOLUME 16		
82)	<i>R. v. K.R.J.</i> , 2016 SCC 31	3740
83)	<i>R v. Kokopenace</i> , 2015 SCC 28	3817
84)	<i>R. v. Kum</i> , 2015 ONCA 36	3941
VOLUME 17		
85)	<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74	3973
86)	<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , 1990 CarswellOnt 992 (SCC)	4137
87)	<i>R v. McKnight</i> , [1999] O.J. No. 1321 (C.A.)	4157
88)	<i>R. v. Morgentaler</i> , 1993 CarswellNS 19 (SCC)	4187
89)	<i>R. v. Nestlé Canada Inc.</i> , 2015 ONSC 810	4226

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 18		
90)	<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15	4247
91)	<i>R. v. Oakes</i> , 1986 CarswellOnt 95 (SCC)	4333
92)	<i>R. v. Osolin</i> , 1993 CarswellBC 512 (SCC)	4366
93)	<i>R. v. Samji</i> , 2017 BCCA 415 , leave refused, 2018 CanLII 48394 (SCC)	4435
94)	<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44	4491
95)	<i>R. v. Stinchcombe</i> , 1991 CarswellAlta 192 (SCC)	4520
96)	<i>R. v. Swietlinski</i> , 1994 CarswellOnt 102 (SCC)	4536
VOLUME 19		
97)	<i>R. v. Trebilcock</i> (1858), 169 ER 1079	4559
98)	<i>R. v. Veranski</i> , 2011 BCSC 1322	4563
99)	<i>R. v. Volkswagen AG</i> , 2020 ONCJ 398	4627
100)	<i>R. v. Wigglesworth</i> , 1987 CarswellSask 385 (SCC)	4644
101)	<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , 1985 CarswellBC 398 (SCC)	4668
102)	<i>Reference re Firearms Act</i> , 2000 SCC 31	4709
103)	<i>Rémillard v. Canada</i> , 2022 FCA 63	4762
104)	<i>Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.</i> , 2012 BCCA 456	4800
105)	<i>Schachter v. Canada</i> , 1992 CarswellNat 1006 (SCC)	4817
VOLUME 20		
106)	<i>Singh v. Canada</i> , 985 CarswellNat 152 (SCC)	4847
107)	<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , 1989 CarswellNat 695 (SCC)	4940

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
108A)	<i>Southam Inc. v. Canada</i> , 1983 ABCA 32 , affirmed, 1984 CarswellAlta 121 (SCC) [<i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i>]	4974
108B)	<i>Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.</i> , 1984 CarswellAlta 121 (SCC)	4991
109)	<i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , 2011 FCA 176	5017

A-13-00

2001 FCA 162

Please see in particular para. 60

Government of the Northwest Territories
(Appellant)

v.

Public Service Alliance of Canada and Canadian
Human Rights Commission (Respondents)

INDEXED AS: **NORTHWEST TERRITORIES v. PUBLIC SERVICE**
ALLIANCE OF CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Stone, **Létourneau** and Rothstein
J.J.A.—Ottawa, April 3, 4, 5 and **May 24, 2001.**

Administrative law — Judicial review — Quo Warranto — Complaint by PSAC of discrimination by N.W.T. Government in classification, pay of female employees — CHRC appointing Human Rights Tribunal to inquire into complaint under Canadian Human Rights Act, ss. 7, 11 — Act amended to remedy institutional independence problems — N.W.T. Government nevertheless challenging institutional independence, impartiality of Tribunal — Seeking quo warranto as appointment terms of Tribunal members expired — Members whose jurisdiction challenged not appointed to new Tribunal — Holding statutory authority to complete hearing of complaint under transitional provision, s. 33(3) — Not institutionally, individually biased in conduct of hearing — Binding nature of guidelines under Act, s. 27(3) not compromising institutional independence, impartiality of members.

Human Rights — PSAC alleging pay discrimination against female dominated groups by N.W.T. Government — CHRC appointing Tribunal to inquire into complaint under CHRA, ss. 7, 11 — Act amended to remedy institutional independence problems — N.W.T. Government nevertheless challenging institutional independence, impartiality of Tribunal — Members whose jurisdiction challenged not appointed to new Tribunal — Holding statutory authority to complete hearing of complaint against appellant under transitional provision, s. 33(3) — N.W.T. Government having standing to argue rules of natural justice applicable herein.

Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest
(appelant)

c.

L'Alliance de la fonction publique du Canada et la
Commission canadienne des droits de la personne
(intimées)

RÉPERTORIÉ: **TERRITOIRES DU NORD-OUEST c. ALLIANCE**
DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone, Létourneau et Rothstein,
J.C.A.—Ottawa, 3, 4, 5 avril et 24 mai 2001.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Quo warranto — L'AFPC a déposé une plainte dans laquelle elle alléguait que le gouvernement des T.N.-O. pratiquait de la discrimination dans la classification et la rémunération de ses employés féminins — La CCDP a constitué un Tribunal des droits de la personne pour qu'il fasse enquête sur les aspects des plaintes liés aux art. 7 et 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — La Loi a été modifiée afin de corriger les problèmes relatifs à l'indépendance institutionnelle — Le gouvernement des T.N.-O. a néanmoins contesté l'indépendance institutionnelle et l'impartialité du Tribunal — Il a demandé un bref de quo warranto car le mandat des membres du Tribunal était terminé — Les membres dont la compétence était contestée n'ont pas été nommés membres du nouveau Tribunal — Ils possédaient le pouvoir légal d'achever l'audition de la plainte conformément à l'art. 33(3) de la disposition transitoire — Ils n'ont pas fait preuve de partialité institutionnelle ou personnelle dans la conduite des audiences — Le caractère impératif des directives émises en vertu de l'art. 27(3) de la Loi ne compromet pas l'indépendance institutionnelle et l'impartialité des membres.

Droits de la personne — L'AFPC a allégué que le gouvernement des T.N.-O. pratiquait de la discrimination dans la rémunération de groupes principalement composés de femmes — La CCDP a constitué un Tribunal pour qu'il fasse enquête sur les aspects des plaintes liés aux art. 7 et 11 de la LCDP — La Loi a été modifiée afin de corriger les problèmes relatifs à l'indépendance institutionnelle — Le gouvernement des T.N.-O. a néanmoins contesté l'indépendance institutionnelle et l'impartialité du Tribunal — Les membres dont la compétence était contestée n'ont pas été nommés membres du nouveau Tribunal — Ils possédaient le pouvoir légal d'achever l'audition de la plainte contre l'appelant conformément à l'art. 33(3) de la disposition transitoire — Le gouvernement des T.N.-O. avait la qualité

Bill of Rights — Whether N.W.T. Government entitled to avail itself of fair hearing requirements guaranteed by Canadian Bill of Rights, s. 2(e) — Government entitled to determination of rights, obligations by independent, impartial tribunal if protection of s. 2(e) available — Not invoking Canadian Bill of Rights as defence on merits of complaint, merely seeking adjudication on merits by independent, impartial tribunal — Word “person” in s. 2(e) including Crown — Government entitled to fair hearing under s. 2(e).

Practice — Parties — Standing — Motions Judge ruling N.W.T. Government lacked standing to argue CHRA created scheme contrary to natural justice — Government disagreeing with interpretation of Canadian Human Rights Act, not attacking its validity — Having standing before courts to seek recognizance, enforcement of statutory powers, to defend itself when sued for alleged abuse, misuse of powers — Motions Judge erred in denying standing.

This was an appeal from a Trial Division decision that the appellant lacked standing to argue that provisions of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) or a statutory instrument issued thereunder created a scheme which is contrary to the requirements of natural justice. On March 28, 1989, the Public Service Alliance of Canada (PSAC) filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (CHRC), alleging that the appellant had discriminated in the classification and pay of employees in female dominated groups and subgroups contrary to sections 7, 10 and 11 of the Act. The CHRC appointed a Human Rights Tribunal to inquire into the sections 7 and 11 aspects of the complaint. In its first application for judicial review, the appellant argued that the CHRC had no jurisdiction to deal with the complaint and that there was a reasonable apprehension of bias on its part. The Act was amended in June 1998. Notwithstanding the amendments, the appellant again challenged the institutional independence and impartiality of the Tribunal. The Motions Judge dismissed the appellant's fourth application for judicial review and concluded that the latter was part of the Federal Crown and, therefore, had no standing to argue that the *Canadian Human Rights Act* created a scheme contrary to the requirements of natural justice. Three main issues were raised on appeal: (1) whether the appellant had standing to argue that provisions of the Act create a scheme contrary to the requirements of

voulue pour soutenir que les règles de la justice naturelle s'appliquaient en l'espèce.

Déclaration des droits — Il s'agissait de savoir si le gouvernement des T.N.-O. pouvait invoquer utilement les exigences relatives à une audition équitable garantie par l'art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits — Le gouvernement aurait le droit de demander que ses droits et obligations soient déterminés par un tribunal indépendant et impartial s'il démontre qu'il bénéficie de la protection qu'accorde l'art. 2e) — Il n'a pas invoqué la Déclaration canadienne des droits à titre de moyen de défense pour ce qui est de l'examen au fond de la plainte, mais il a demandé simplement que cette plainte soit examinée au fond par un tribunal indépendant et impartial — Le mot «personne» figurant à l'art. 2e) inclut la Couronne — Le gouvernement avait droit à une audition équitable en vertu de l'art. 2e).

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le juge des requêtes a statué que le gouvernement des T.N.-O. n'avait pas la qualité pour prétendre que la LCDP crée un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle — Le gouvernement n'était pas d'accord avec l'interprétation à donner à la Loi canadienne sur les droits de la personne, mais il n'a pas contesté sa validité — Il possédait la qualité pour agir devant les tribunaux dans le but de faire reconnaître ses pouvoirs législatifs et en assurer l'exercice et pour se défendre dans le cas où il serait poursuivi en cas d'excès de pouvoir ou d'exercice illégal de ses pouvoirs — Le juge des requêtes a commis une erreur en lui refusant la qualité pour agir devant les tribunaux.

Il s'agissait d'un appel formé contre une décision de la Section de première instance selon laquelle l'appelant n'avait pas la qualité pour prétendre que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) ou de l'un de ses règlements d'application créent un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle. L'Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) a déposé le 28 mars 1989 une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) dans laquelle elle alléguait que l'appelant pratiquait de la discrimination dans la classification et la rémunération de groupes principalement composés de femmes, en violation des articles 7, 10 et 11 de la Loi. La CCDP a constitué un Tribunal des droits de la personne pour qu'il fasse enquête sur les aspects des plaintes liés aux articles 7 et 11. Dans sa première demande de contrôle judiciaire, l'appelant a soutenu que la CCDP n'avait pas le pouvoir d'examiner la plainte et qu'il existait une crainte raisonnable de partialité de sa part. La Loi a été modifiée en juin 1998. Ces modifications n'ont pas empêché l'appelant de contester à nouveau l'indépendance institutionnelle et l'impartialité du tribunal. Le juge des requêtes a rejeté la quatrième demande de contrôle judiciaire de l'appelant et a conclu que ce dernier faisait partie de la Couronne fédérale et que, par conséquent, il n'avait pas la qualité pour prétendre que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* crée un régime non conforme aux exigences

natural justice; (2) whether the remuneration on a *per diem* basis of the three members invested with the power to hear the complaint and the binding nature of the guidelines under subsection 27(3) of the Act compromise the institutional independence and impartiality of these members and (3) the applicability of the *Canadian Bill of Rights*.

Held (concurring reasons by Rothstein J.A.), the appeal should be allowed.

Per Létourneau J.A.: (1) There has been a misapprehension and a mischaracterization of the appellant's purpose in seeking judicial review of the Tribunal's decision. The appellant was not seeking to challenge the validity of the Act; however, it argued that subsections 27(3) and 48.2(2) of the Act produce a result which deprives it of its common law right to an independent and impartial tribunal. The position taken by the appellant with respect to these subsections involves the interpretation and effect of the Act, rather than an attack on its validity. The appellant had, with respect to the exercise of its statutory powers, standing before the courts to seek their recognizance and enforcement and to defend itself when sued for an alleged abuse or misuse of these powers. This standing of the appellant extends to its right, as a requirement of natural justice, to seek an independent and impartial Tribunal which will apply and interpret an Act whose validity is not contested. The Motions Judge erred when he denied the appellant legal standing to argue before the courts that the rules of natural justice apply to the facts of its case and, accordingly, to seek their application. The appellant's contention that the Tribunal's members lacked jurisdiction to hear the complaint against it and should be removed by *quo warranto* from an office they improperly occupied was without merit as it was based on a misunderstanding of what Parliament intended to do and had effectively done. The three members whose jurisdiction was challenged had not been appointed to the new Tribunal. The appellant was mistaken in contending that they needed an extension of their appointments and that such extension requires the approval of the Chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal under subsection 48.2(2) of the amended Act. This provision does not apply to the members of the Human Rights Tribunal Panel as they were not members of the Canadian Human Rights Tribunal to which it was meant to apply. The former members of the Human Rights Tribunal Panel did not hold office indefinitely; they were simply empowered to complete the enquiry into complaints before them. Moreover, they did not need the approval of the Chairperson to complete hearing of the complaint against the appellant since they possessed statutory authority to do so under subsection 33(3) of the transitional provision.

de la justice naturelle. Trois questions principales ont été soulevées en appel: 1) l'appelant avait-il qualité pour soutenir que les dispositions de la Loi créent un régime qui est contraire aux exigences de la justice naturelle? 2) la rémunération à la journée des trois membres investis du pouvoir d'entendre la plainte et le caractère impératif des directives émises en vertu du paragraphe 27(3) de la Loi compromettent-ils l'indépendance institutionnelle et l'impartialité de ces membres? et 3) l'applicabilité de la *Déclaration canadienne des droits*.

Arrêt (motifs concordants du juge Rothstein, J.C.A.): l'appel doit être accueilli.

Le juge Létourneau, J.C.A.: 1) Il y a eu une méprise et une erreur de qualification au sujet du but que recherchait l'appelant en demandant le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. L'appelant ne contestait pas la validité de la Loi; cependant, il soutenait que les paragraphes 27(3) et 48.2(2) de la Loi ont pour effet de le priver de son droit reconnu par la common law d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. La position qu'a adoptée l'appelant au sujet de ces paragraphes porte davantage sur l'interprétation et l'effet de la Loi que sur sa validité. L'appelant possédait, pour ce qui est de l'exercice de ces pouvoirs législatifs, la qualité pour agir devant les tribunaux dans le but de faire reconnaître ces pouvoirs et en assurer l'exercice et pour se défendre dans le cas où il serait poursuivi en cas d'excès de pouvoir ou d'exercice illégal de ces pouvoirs. La qualité que possède l'appelant comporte également le droit de demander, comme le prévoient les règles de la justice naturelle, à un tribunal indépendant et impartial d'appliquer et d'interpréter une loi dont la validité n'est pas contestée. Le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a refusé à l'appelant la qualité nécessaire pour soutenir devant les tribunaux que les règles de la justice naturelle s'appliquent aux faits de l'espèce et que, par conséquent, il peut en demander l'application. L'argument de l'appelant selon lequel les membres du Tribunal n'avaient pas le pouvoir d'entendre la plainte présentée contre lui et devraient être révoqués par un bref de *quo warranto* puisqu'ils occupaient désormais leur poste sans droit était mal fondé et découlait d'une méprise au sujet de l'intention du législateur et des dispositions qu'il avait adoptées. Les trois membres dont les pouvoirs étaient contestés n'avaient pas été nommés membres du nouveau Tribunal. L'appelant soutenait à tort que le mandat des trois membres devait être prolongé et que cette prolongation devait être approuvée par le président du Tribunal canadien des droits de la personne conformément au paragraphe 48.2(2) de la Loi modifiée. Cette disposition ne s'applique pas aux membres du Comité du tribunal des droits de la personne puisqu'ils n'étaient pas membres du Tribunal canadien des droits de la personne à qui ce paragraphe devait s'appliquer. Les anciens membres du Comité du tribunal des droits de la personne n'avaient pas le droit de siéger indéfiniment; ils avaient simplement le pouvoir d'achever leur enquête sur les plaintes dont ils étaient saisis. De plus, ils n'avaient pas besoin de l'approba-

(2) Judicial independence is not compromised by the fact that judicial salaries are fixed by an order in council. The fixing of remuneration by the Government in advance of appointment is an important factor in assessing the independence of a tribunal. The constitutional or common law rules of independence and impartiality applicable to the courts do not apply with the same stringency to administrative tribunals. The three Tribunal members performed essentially an adjudicative function, but they did not constitute a court even though the Tribunal closely resembled one. A certain degree of flexibility is appropriate where administrative agencies are concerned. A reasonable person, informed of the fact that the three members were paid daily for their work pursuant to a tariff fixed by the Governor in Council prior to their appointment and viewing the matter realistically and practically, would not conclude that they were not institutionally independent and impartial or that they were institutionally or individually biased in the conduct of the hearing. It could not be inferred from the mere possibility of eventual misconduct on either side that a reasonable apprehension of bias on the part of the three members would arise. More than fanciful speculation is required to create in the mind of a well-informed and reasonable person a reasonable apprehension of bias.

Former subsections 27(2) and (3) of the Act were the legal provisions in force when the complaint against the appellant was laid by PSAC. Parliament intended the new, but more limited, subsections 27(2) and (3) to continue to apply to inquiries in respect of a class of cases, such as this one, commenced before the amendment and continued thereafter, especially as the 1998 amendment was remedial and aimed at suppressing a possible violation of the requirements of natural justice. Subsection 27(3) of the Act, as it now applies, does not compromise the independence and impartiality of tribunal members hearing human rights complaints.

(3) Administrative agencies and tribunals may be required under general law rules to comply with the principles of natural justice and the purpose of these principles is to ensure the impartiality and independence of the decision maker. At issue was whether the appellant was entitled to avail itself of the fair hearing requirements guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. The appellant would be entitled to a determination of its rights and obligations by an independent and impartial tribunal if it can claim the protection of that provision. As defendant in a

tion du président pour terminer l'examen de la plainte déposée contre l'appellant parce qu'ils avaient le pouvoir légal de le faire conformément au paragraphe 33(3) de la disposition transitoire.

2) L'indépendance judiciaire n'est pas compromise par le fait que les salaires des juges sont fixés par décret. Le fait que le gouvernement fixe la rémunération des juges avant qu'ils ne soient nommés est un facteur qui joue un rôle important dans l'appréciation de l'indépendance d'un tribunal. Les règles constitutionnelles ou de la common law en matière d'indépendance et d'impartialité applicables aux cours ne s'appliquent pas avec la même rigueur aux tribunaux administratifs. Les trois membres de ce tribunal exerçaient pour l'essentiel des fonctions juridictionnelles, mais ils ne constituaient pas une juridiction même si le tribunal y ressemblait beaucoup. Il y a lieu de faire preuve d'une certaine souplesse à l'endroit des tribunaux administratifs. Une personne raisonnable informée du fait que les trois membres étaient rémunérés à la journée pour leur travail conformément à un barème fixé par le gouverneur en conseil avant leur nomination et qui examinerait la question de façon réaliste et concrète, ne conclurait pas qu'ils ne constituaient pas un tribunal indépendant et impartial sur le plan organique ou qu'ils faisaient preuve d'une partialité institutionnelle ou personnelle dans la conduite des audiences. Il n'était pas possible de déduire de la simple possibilité qu'une des parties pose des gestes irréguliers qu'une crainte raisonnable de partialité de la part des trois membres chargés d'entendre la plainte existerait. Une supposition fantaisiste ne suffit pas à créer dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée une crainte raisonnable de partialité.

Les anciens paragraphes 27(2) et (3) de la Loi étaient les dispositions en vigueur au moment où l'AFPC a déposé sa plainte contre l'appellant. Le législateur avait l'intention que les nouveaux paragraphes 27(2) et (3), dont la portée a été restreinte, continuent de s'appliquer aux enquêtes relatives à une catégorie de cas, comme en l'espèce, qui ont été commencées avant la modification et poursuivies par la suite, d'autant plus que la modification de 1998 avait un objet réparateur et visait à éviter toute atteinte aux règles de la justice naturelle. Le paragraphe 27(3) de la Loi, tel qu'il s'applique aujourd'hui, ne compromet pas l'indépendance et l'impartialité des membres du tribunal qui entendent des plaintes relatives aux droits de la personne.

3) Les organismes administratifs peuvent être tenus, en vertu du droit commun, de se conformer aux principes de justice naturelle et ces principes visent à assurer l'impartialité et l'indépendance du décideur. Il s'agissait de savoir si l'appellant pouvait invoquer utilement les exigences relatives à une audition équitable garantie par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'appellant aurait le droit de demander que ses droits et obligations soient déterminés par un tribunal indépendant et impartial s'il démontre qu'il bénéficie de la protection qu'accorde cette disposition.

complaint laid against it, the appellant merely sought an adjudication on the merits by an independent and impartial tribunal; it did not invoke the *Canadian Bill of Rights* as a defence on the merits of the complaint. In view of the limited application of paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the *Canadian Bill of Rights* can play an important supplementary role with respect to the determination of rights and obligations by a civil or an administrative tribunal. Considering this important role and the significance for any litigant of a fair hearing in the determination of his rights and obligations, there are no compelling reasons why the word "person" in paragraph 2(e) would not include the Crown. The appellant was entitled to a fair hearing under paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. In case of incompatibility between a federal legislative provision and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, a declaration of inoperability, restricted to the case at bar and its particular circumstances, is the appropriate remedy. If the appellant's contention that subsection 27(3) of the Act violates paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* were successful, that subsection would be inoperative in the present case.

L'appelant avait fait l'objet d'une plainte et il demandait simplement que cette plainte soit examinée au fond par un tribunal indépendant et impartial; il n'a pas invoqué la *Déclaration canadienne des droits* à titre de moyen de défense pour ce qui est de l'examen au fond de la plainte. Compte tenu de la portée limitée de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Déclaration canadienne des droits* peut jouer un rôle supplétif important lorsqu'il s'agit de la détermination de droits et d'obligations par un tribunal administratif ou civil. Compte tenu de ce rôle important et de l'importance pour un plaideur de voir ses droits et ses obligations déterminés au cours d'une audition impartiale, il n'y a aucune raison impérieuse pour laquelle le mot «personne» figurant à l'alinéa 2e) ne viserait pas la Couronne. L'appelant avait droit à une audition équitable aux termes de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Lorsqu'il y a incompatibilité entre une disposition législative fédérale et l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, un jugement déclarant inopérante la disposition en cause, et n'ayant d'effet que pour l'espèce dont il s'agit et pour ses circonstances particulières, constitue la réparation appropriée. Si l'argument de l'appelant selon lequel le paragraphe 27(3) de la Loi viole l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* devait être retenu, ce paragraphe serait inopérant en l'espèce.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act respecting Municipal Courts*, R.S.Q. c. C-72.01, ss. 102, 117.1.
- An Act respecting the Régie de l'énergie*, R.S.Q. c. R-6.01, s. 147.
- An Act to amend the Canada Evidence Act and the Criminal Code in respect of persons with disabilities, to amend the Canadian Human Rights Act in respect of persons with disabilities and other matters and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 9, ss. 27, 33.
- An Act to amend various legislative provisions relating to building and the construction industry*, S.Q. 1998, c. 46, s. 131.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.3 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4).
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
- 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], s. 11(d).
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 11, 27(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), (3) (as am. *idem*), 48.2(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 49(1),(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 17), 66 (as am. by S.C. 1993, c. 28, s. 78).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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. 11d).
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 11, 27(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20), (3) (mod., *idem*), 48.2(2) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 49(1),(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 17), 66 (mod. par L.C. 1993, ch. 28, art. 78).
- 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], art. 92.
- Loi de 1990 sur la négociation collective des employés de la Couronne*, L.R.O. 1990, ch. C.50.
- Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne*, L.O. 1993, ch. 38 (mod. par L.O. 1995, ch. 1), art. 59(2).
- Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, ch. 16, ann. A, art. 112(4).

Child and Family Services Act, S.N.W.T. 1997, c. 13, s. 93.
Child Welfare Act, R.S.N.W.T. 1988, c. C-6.
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], s. 92.
Coroners Act, R.S.N.W.T. 1974, c. C-13.
Coroners Act, S.N.W.T. 1985, c. 2.
Crown Employees Collective Bargaining Act, 1990, R.S.O. 1990, c. C.50.
Crown Employees Collective Bargaining Act, 1993, S.O. 1993, c. 38 (as am. by S.O. 1995, c. 1), s. 59(2).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17).
Mortgage Brokers Act, R.S.O. 1990, c. M.39, s. 1(1) (as am. by S.O. 1997, c. 28, s. 173(5)).
Northwest Territories Act, R.S.C., 1985, c. N-27, s. 16 (as am. by S.C. 1993, c. 41, s. 10).
Public Utilities Act, R.S.N.W.T. 1988, c. P-20.
Public Utilities Act, S.N.W.T. 1989, c. 24 (Supp.), s. 93(2).
Workers' Compensation Act, R.S.O. 1990, c. W.11.
Workplace Safety and Insurance Act, 1997, S.O. 1997, c. 16, Sch. A, s. 112(4).

Loi modifiant diverses dispositions législatives relatives au bâtiment et à l'industrie de la construction, L.Q. 1998, ch. 46, art. 131.
Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada, le Code criminel et la Loi canadienne sur les droits de la personne relativement aux personnes handicapées et, en ce qui concerne la Loi canadienne sur les droits de la personne, à d'autres matières, et modifiant d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 9, art. 27, 33.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.3 (édité par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4).
Loi sur la protection de l'enfance, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-6.
Loi sur la Régie de l'énergie, L.R.Q. ch. R-6.01, art. 147.
Loi sur les accidents de travail, L.R.O. 1990, ch. W.11.
Loi sur les coroners, L.R.T.N.-O. 1974, ch. C-13.
Loi sur les coroners, L.T.N.-O. 1985, ch. 2.
Loi sur les cours municipales, L.R.Q. ch. C-72.01, art. 102, 117.1.
Loi sur les courtiers en hypothèques, L.R.O. 1990, ch. M.39, art. 1(1) (mod. par L.O. 1997, ch. 28, art. 173(5)).
Loi sur les entreprises de service public, L.R.T.N.-O. 1988, ch. P-20.
Loi sur les entreprises de service public, L.T.N.-O. 1989, ch. 24 (suppl.), art. 93(2).
Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 93.
Loi sur les Territoires du Nord-Ouest, L.R.C. (1985), ch. N-27, art. 16 (mod. par L.C. 1993, ch. 41, art. 10).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.), [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337; 12 Admin. L.R. (3d) 224 (Nfld. S.C.); 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Canadian Telephone Employees Assn. v. Bell Canada*, [2001] F.C.J. No. 776 (C.A.) (QL); *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; (1972),

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; [1997] 10 W.W.R. 417; 121 Man. R. (2d) 1; 49 Admin. L.R. (2d) 1; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337; 12 Admin. L.R. (3d) 224 (C.S. T.-N.); 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Assoc. canadienne des employés de téléphone c. Bell Canada*, [2001] A.C.F. n° 776 (C.A.) (QL); *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917;

28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General (Quebec)*, [1977] 1 S.C.R. 41; (1975), 57 D.L.R. (3d) 403; 5 N.R. 271; *Attorney General of Quebec v. Labrecque et al.*, [1980] 2 S.C.R. 1057; (1980), 81 CLC 14,119; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.).

CONSIDERED:

Valente v. The Queen et al., [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Reference re Meaning of the word "Persons" in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] S.C.R. 276; [1928] 4 D.L.R. 98; *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 F.C. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Rajpaul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 157; (1988), 31 Admin. L.R. 161; 5 Imm. L.R. (2d) 97; 96 N.R. 32 (C.A.).

REFERRED TO:

Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada, [1996] 3 F.C. 182; (1996), 112 F.T.R. 167 (T.D.); revd (1997), 208 N.R. 385 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied, [1997] 2 S.C.R. ix; *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada* (1999), 162 F.T.R. 50 (F.C.T.D.); *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (T.D.); *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116; 105 C.C.C. (3d) 461; 87 O.A.C. 114 (C.A.); *R. v. St-Jean*, [1987] N.W.T.R. 118; (1986), 2 Y.R. 116 (S.C.); *Friends of Democracy v. Northwest Territories (Attorney General)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 551 (N.W.T.S.C.); *Pfeiffer and Commissioner of the Northwest Territories (Re)* (1977), 75 D.L.R. (3d) 407 (N.W.T.S.C.); *Morin v. Northwest Territories (Conflict of Interest Commissioner)* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362 (N.W.T.S.C.); *Pokiak v. Steen*, [1987] N.W.T.R. 272 (S.C.); *Bradasch v. Warren*, [1990] 3 F.C. 32; (1990), 111 N.R. 149 (C.A.); *Re Resolution to amend the*

(1972), 28 D.L.R. (3d) 129; 7 C.C.C. (2d) 474; 18 C.R.N.S. 302; *Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général (Québec)*, [1977] 1 R.C.S. 41; (1975), 57 D.L.R. (3d) 403; 5 N.R. 271; *Procureur général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057; (1980), 81 CLC 14,119; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Valente c. La Reine et autres, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 109 N.R. 357 (C.A.); *Reference re Meaning of the word "Persons" in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] R.C.S. 276; [1928] 4 D.L.R. 98; *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410; (1984), 13 D.L.R. (4th) 77; 2 C.P.R. (3d) 433; 12 C.R.R. 249; 55 N.R. 143 (C.A.); *Rajpaul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 157; (1988), 31 Admin. L.R. 161; 5 Imm. L.R. (2d) 97; 96 N.R. 32 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada, [1996] 3 C.F. 182; (1996), 112 F.T.R. 167 (1^{re} inst.); inf. par (1997), 208 N.R. 385 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1997] 2 R.C.S. ix; *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada* (1999), 162 F.T.R. 50 (C.F. 1^{re} inst.); *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (1^{re} inst.); *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116; 105 C.C.C. (3d) 461; 87 O.A.C. 114 (C.A.); *R. v. St-Jean*, [1987] N.W.T.R. 118; (1986), 2 Y.R. 116 (C.S.); *Friends of Democracy v. Northwest Territories (Attorney General)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 551 (C.S. T.N.-O.); *Pfeiffer and Commissioner of the Northwest Territories (Re)* (1977), 75 D.L.R. (3d) 407 (C.S. T.N.-O.); *Morin v. Northwest Territories (Conflict of Interest Commissioner)* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362 (C.S. T.N.-O.); *Pokiak v. Steen*, [1987] N.W.T.R. 272 (C.S.); *Bradasch c. Warren*, [1990] 3 C.F. 32; (1990),

Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753; (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man. R. (2d) 1; 39 N.R. 1; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767; (1974), 49 D.L.R. (3d) 1; 3 N.R. 410; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Alex Couture Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577; [1991] R.J.Q. 2534; 38 C.P.R. (3d) 293; 41 Q.A.C. 1 (C.A.); *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98; [1930] A.C. 124 (P.C.); *R. v. British Columbia*, [1992] 4 W.W.R. 490; (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 84 (B.C.S.C.); *Attorney General of Canada v. Newfield Seeds Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644; 80 Sask. R. 134 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; (1969), 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; 10 C.R.N.S. 334; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.).

AUTHORS CITED

Beaudoin, Gérald A. and Ed Ratushny. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

APPEAL from a Trial Division decision ((1999), 183 D.L.R. (4th) 175) that the appellant lacked standing to argue that provisions of the *Canadian Human Rights Act* create a scheme contrary to the requirements of natural justice. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Earl D. Johnson, Q.C., Neil Finkelstein, Melanie Aitken and E. Joy Noonan for appellant.

111 N.R. 149 (C.A.); *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man. R. (2d) 1; 39 N.R. 1; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767; (1974), 49 D.L.R. (3d) 1; 3 N.R. 410; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Alex Couture Inc. c. Canada (Procureur général)* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577; [1991] R.J.Q. 2534; 38 C.P.R. (3d) 293; 41 C.A.Q. 1 (C.A.); *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98; [1930] A.C. 124 (C.P.); *R. v. British Columbia*, [1992] 4 W.W.R. 490; (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 84 (C.S. C.-B.); *Attorney General of Canada v. Newfield Seeds Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644; 80 Sask. R. 134 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; (1969), 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; 10 C.R.N.S. 334; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.).

DOCTRINE

Beaudoin, Gérald A. et Ed Ratushny. *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson et Lafleur, 1989.

APPEL formé contre une décision de la Section de première instance ((1999), 183 D.L.R. (4th) 175), selon laquelle l'appelant n'avait pas la qualité pour prétendre que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* créent un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Earl D. Johnson, c.r., Neil Finkelstein, Melanie Aitken et E. Joy Noonan pour l'appelant.

Andrew J. Raven and David Yazbeck for respondent Public Service Alliance of Canada.

René Duval and Philippe Dufresne for respondent Canadian Human Rights Commission.

Andrew J. Raven et David Yazbeck pour l'Alliance de la fonction publique du Canada, intimée.

René Duval et Philippe Dufresne pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Government of the Northwest Territories, Yellowknife, Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto, Heenan Blaikie, Ottawa, for appellant. Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for respondent Public Service Alliance of Canada.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife, Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto, Heenan Blaikie, Ottawa, pour l'appellant. Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour l'Alliance de la fonction publique du Canada, intimée.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] **LÉTOURNEAU J.A.:** In the context of an application for judicial review brought by the Government of the Northwest Territories (appellant) and pursuant to an application made by the Canadian Human Rights Commission (CHRC) to deny the appellant standing in the judicial review proceedings, the Motions Judge [(1999), 183 D.L.R. (4th) 175 (F.C.T.D.)] proceeded to answer the following question which, the parties agreed, was the point in issue [at paragraph 12]:

Does the Government of the Northwest Territories, by reason of its constitutional status and section 66 of the *Canadian Human Rights Act*, have the authority and/or lack standing to argue that provisions of the *Canadian Human Rights Act* or a statutory instrument issued thereunder create a scheme which is contrary to the requirements of natural justice?

[2] He concluded that the appellant lacked the necessary standing. Having so found, he did not, however, address the merits of the other questions that the appellant had also submitted:

(a) Whether the binding nature of the guidelines issued by the CHRC pursuant to subsection 27(3) of the

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Le juge des requêtes a répondu à la question suivante [(1999), 183 D.L.R. (4th) 175 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 12] qui était, comme les parties en ont convenu, la question en litige dans une demande présentée par la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) pour faire déclarer que le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (appellant) n'avait pas qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire:

Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a-t-il, en vertu de son statut constitutionnel et de l'article 66 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la qualité et/ou le pouvoir requis pour prétendre que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou de l'un de ses règlements d'application créent un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle?

[2] Le juge des requêtes a conclu que l'appellant n'avait pas qualité pour présenter une telle demande. Après en être arrivé à cette conclusion, il s'est toutefois abstenu d'examiner le bien-fondé des autres questions que l'appellant avait soumises au Tribunal:

a) Le caractère impératif des directives émises par la CCDP conformément au paragraphe 27(3) de la *Loi*

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act), compromises the institutional independence and impartiality of the Human Rights Tribunal Panel as it existed prior to and after the June 30, 1998 [S.C. 1998, c. 9, s. 20] amendments to the Act;

(b) Whether the remuneration on a *per diem* basis of the three members of that Tribunal seized with the complaint against the appellant along with the fact that special funding will have to be sought from Treasury Board if the sittings last for more than 40 days interfere with their institutional independence and impartiality; and

(c) Whether these three members should be removed by *quo warranto* from the case they have been assigned to as their terms of office have expired.

All these questions are now raised on this appeal. The appellant submits that we have jurisdiction to decide them all and that we should do so.

Facts and Procedure

[3] The facts of this case highlight a history of procedural debates not all relevant to the determination of the issues before us, but which enlightens the context of the present appeal.

[4] A complaint was filed on March 28, 1989 by the Public Service Alliance of Canada (PSAC). It was filed with the CHRC and it alleged that the appellant had discriminated in the classification and pay of employees in female dominated groups and subgroups contrary to sections 7, 10 and 11 of the Act. Shortly after, the appellant and PSAC agreed to conduct a joint Equal Pay Study. Meanwhile, the CHRC appointed two investigators who presented their report in 1993. Later that year, the CHRC advised the parties of its decision to refer the sections 7 and 11 aspects of the complaint to a conciliator. The appellant applied for a judicial review of that decision. This application was the first of four judicial review applications made by the appellant.

canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), compromet-il l'indépendance institutionnelle et l'impartialité du Comité du Tribunal des droits de la personne, tel que constitué avant et après les modifications apportées le 30 juin 1998 à la Loi [L.C. 1998, ch. 9, art. 20];

b) La rémunération sur une base journalière des trois membres du Tribunal saisi de la plainte contre l'appellant ainsi que le fait qu'un financement spécial doive être demandé au Conseil du Trésor lorsque le Tribunal siège pendant plus de 40 jours portent-ils atteinte à l'indépendance institutionnelle et à l'impartialité du Tribunal;

c) Les trois membres du Tribunal qui a été saisi de l'affaire doivent-ils être révoqués par un bref de *quo warranto*, étant donné que leur mandat est expiré?

Toutes ces questions sont maintenant soulevées dans le présent appel. L'appellant soutient que nous avons compétence pour trancher toutes ces questions et que nous devrions le faire.

Les faits et la procédure

[3] Les faits de l'espèce reflètent une longue bataille judiciaire, dont tous les aspects ne se rapportent pas aux questions en litige ici, mais qui éclaire le contexte du présent appel.

[4] L'Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) a déposé le 28 mars 1989 une plainte auprès de la CCDP dans laquelle elle alléguait que l'appellant pratiquait de la discrimination dans la classification et la rémunération de groupes principalement composés de femmes, en violation des articles 7, 10 et 11 de la Loi. Peu après, l'appellant et l'AFPC ont convenu d'effectuer conjointement une étude sur la parité salariale. Entre-temps, la CCDP a nommé deux enquêteurs qui ont présenté leur rapport en 1993. Plus tard cette année-là, la CCDP a informé les parties de sa décision de confier à un conciliateur les aspects de la plainte concernant les articles 7 et 11. L'appellant a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de cette décision. Cette demande était la première de quatre demandes de contrôle judiciaire qu'a présentées l'appellant.

[5] First Application for Judicial Review. On August 25, 1993, in its application for judicial review, the appellant maintained that the CHRC had no jurisdiction to deal with the complaint on the basis that the Act did not apply to the appellant, or, in the alternative, that there existed a reasonable apprehension of bias on the part of the CHRC. The Motions Judge found that there was a reasonable apprehension of bias on the part of one CHRC's investigator who was also a member of the respondent PSAC: *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [1996] 3 F.C. 182 (F.C.T.D.). That decision was reversed on appeal: (1997), 208 N.R. 385 (F.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied on August 28, 1997, [1997] 2 S.C.R. ix.

[6] Second Application for Judicial Review. On May 27, 1997, the CHRC decided to appoint a Human Rights Tribunal to inquire into the sections 7 and 11 aspects of the complaints. On June 17, 1997, before the Tribunal was appointed, the appellant filed a second application for judicial review seeking to quash the CHRC's decision, alleging that the CHRC exceeded its jurisdiction in requesting the Tribunal to inquire only into a portion of the complaint. The application was dismissed: *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada* (1999), 162 F.T.R. 50 (F.C.T.D.), the appeal from that decision was discontinued on October 6, 1999 (file A-79-99). On August 7, 1997, a tribunal was appointed by the President of the Human Rights Tribunal Panel and, after the resignation of one of the original member of the Tribunal, a second tribunal was appointed on February 20, 1998.

[7] Third Application for Judicial Review. On May 5, 1998, following the decision in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.), holding that the Tribunal lacked institutional independence and impartiality under the Act, the Tribunal adjourned the matter *sine die* pending amendments to the Act. The amended Act came into force on June 30, 1998: *An Act to amend the Canada Evidence Act and the Criminal Code in respect of persons with disabilities, to amend the Canadian Human Rights in respect of persons with disabilities*

[5] Première demande de contrôle judiciaire. Le 25 août 1993, l'appelant soutenait, dans sa demande de contrôle judiciaire, que la CCDP n'avait pas le pouvoir d'examiner la plainte pour le motif que la Loi ne s'appliquait pas à l'appelant, ou, à titre subsidiaire, qu'il existait une crainte raisonnable de partialité de la part de la CCDP. Le juge des requêtes a statué qu'il existait une crainte raisonnable de partialité de la part d'un des enquêteurs de la CCDP qui était également membre de l'AFPC, l'intimée: *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1996] 3 C.F. 182 (1^{re} inst.). Cette décision a été infirmée en appel: (1997), 208 N.R. 385 (C.A.F.); autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada refusée le 28 août 1997, [1997] 2 R.C.S. ix.

[6] Deuxième demande de contrôle judiciaire. Le 27 mai 1997, la Commission a décidé de constituer un Tribunal des droits de la personne pour qu'il fasse enquête sur les aspects des plaintes liés aux articles 7 et 11. Le 17 juin 1997, avant que le Tribunal soit constitué, l'appelant a déposé une deuxième demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir l'annulation de la décision de la CCDP, alléguant que celle-ci avait excédé ses pouvoirs en demandant au Tribunal de ne faire enquête que sur un aspect de la plainte. Cette demande a été rejetée: *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada* (1999), 162 F.T.R. 50 (C.F. 1^{re} inst.), l'appelant s'est désisté de l'appel interjeté contre cette décision le 6 octobre 1999 (dossier A-79-99). Le 7 août 1997, le président du Comité du tribunal des droits de la personne a constitué un tribunal et, après la démission d'un des membres du tribunal nommé initialement, un deuxième tribunal a été constitué le 20 février 1998.

[7] Troisième demande de contrôle judiciaire. Le 5 mai 1998, à la suite de la décision prononcée dans l'affaire *Bell Canada c. Assoc. Canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1^{re} inst.), selon laquelle le Tribunal ne possédait pas aux termes de la Loi l'indépendance institutionnelle et l'impartialité requises, le Tribunal a ajourné l'affaire *sine die* en attendant que la Loi soit modifiée. La Loi modifiée est entrée en vigueur le 30 juin 1998: *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada, le Code criminel et la Loi canadienne sur les droits de la personne relativement*

and other matters and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 1998, c. 9.

aux personnes handicapées et, en ce qui concerne la Loi canadienne sur les droits de la personne, à d'autres matières, et modifiant d'autres lois en conséquence, L.C. 1998, ch. 9.

[8] Notwithstanding the amendments, the appellant again challenged the institutional independence and impartiality of the Tribunal. On September 15, 1998, it filed a notice of motion with the Tribunal requesting it to refer the question of its institutional independence and impartiality to the Federal Court. In the alternative, it requested the Tribunal itself to rule on the question. This is the course that the Tribunal followed and, on December 4, 1998, it held that it possessed the requisite independence and impartiality to proceed with the inquiry into the complaint.

[8] Ces modifications n'ont pas empêché l'appelant de contester à nouveau l'indépendance institutionnelle et l'impartialité du Tribunal. Le 15 septembre 1998, il a déposé un avis de requête devant le Tribunal lui demandant de renvoyer devant la Cour fédérale la question de son indépendance institutionnelle et de son impartialité. Subsidiairement, il demandait au Tribunal de trancher lui-même la question. C'est la voie qu'a choisie le Tribunal qui a jugé, le 4 décembre 1998, qu'il possédait l'indépendance institutionnelle et l'impartialité nécessaires pour instruire la plainte.

[9] Fourth Application for Judicial Review. The appellant sought judicial review of the Tribunal's decision before the Trial Division of the Federal Court. On December 4, 1999, the Motions Judge dismissed the application. He concluded that the appellant was part of the Federal Crown and, therefore, had, according to the issue as framed, no authority or standing "to argue that provisions of the *Canadian Human Rights Act* or a statutory instrument issued thereunder create a scheme which is contrary to the requirements of natural justice".

[9] Quatrième demande de contrôle judiciaire. L'appelant a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Le 4 décembre 1999, le juge des requêtes a rejeté la demande. Il a conclu que l'appelant faisait partie de la Couronne fédérale et que, par conséquent, selon la formulation de la question en litige, il n'avait pas la qualité et/ou le pouvoir requis «pour prétendre que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou de l'un de ses règlements d'application créent un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle».

[10] I shall now examine the issues as they were argued on this appeal.

[10] Je vais maintenant examiner les questions en litige telles qu'elles ont été débattues en appel.

Whether the appellant has standing to argue that provisions of the Act create a scheme which is contrary to the requirements of natural justice

L'appelant a-t-il qualité pour soutenir que les dispositions de la Loi créent un régime qui est contraire aux exigences de la justice naturelle?

[11] I should state at the outset that throughout the hearing before us there was much confusion as to the real purpose of the judicial review proceedings for which the appellant was denied standing. The appellant's challenge involves subsections 27(3) and 48.2(2) of the Act which I reproduce as well as subsection 27(2):

[11] Il y a lieu de mentionner dès le départ que, tout au cours des audiences, il a été très difficile de discerner le véritable objet de la demande de contrôle judiciaire au sujet de laquelle l'appelant s'est vu refuser la qualité d'agir. L'appelant conteste les paragraphes 27(3) et 48.2(2) de la Loi, que je reproduis ici avec le paragraphe 27(2):

27. . . .

27. [. . .]

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de

to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is revoked or modified, binding on the Commission and any member or panel assigned under subsection 49(2) with respect to the resolution of a complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

...

48.2 . . .

(2) A member whose appointment expires may, with the approval of the Chairperson, conclude any inquiry that the member has begun, and a person performing duties under this subsection is deemed to be a part-time member for the purposes of sections 48.3, 48.6, 50 and 52 to 58.

I should add that, formerly, subsection 27(2) provided for the adoption of a guideline to be applied "in a particular case or in a class of cases described in the guideline".

[12] The CHRC strenuously argued before us that the appellant could not challenge the validity of a legislation enacted by the federal Crown. The basis for such position was that the appellant is the Government of a Territory which is part of the Crown in right of Canada and does not legally have yet acquired the constitutional status of a province. As Her Majesty the Queen in right of Canada, the argument goes, cannot challenge the validity of Her own statutes, the appellant cannot either since it is a creature of the federal Parliament which is part of the federal Crown.

[13] Much discussion ensued as to whether the appellant had *de facto* attained the status of a province or possessed a quasi-constitutional status which would give it standing, whether constitutional conventions are of assistance in granting standing and whether they could be legally enforced. Both the appellant and the CHRC referred us to authorities to support their diverging views: *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116 (C.A.), at page 129; *R. v. St-Jean*, [1987] N.W.T.R. 118 (S.C.); *Friends of Democracy v. Northwest Territories (Attorney General)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 551 (N.W.T.S.C.), at page 568; *Pfeiffer and Commissioner of the Northwest Territories (Re)* (1977), 75 D.L.R. (3d) 407 (N.W.T.S.C.), at pages

préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

[. . .]

48.2 [. . .]

(2) Le membre dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi. Il est alors réputé être un membre à temps partiel pour l'application des articles 48.3, 48.6, 50 et 52 à 58.

Je dois ajouter qu'auparavant, le paragraphe 27(2) prévoyait l'adoption de directives applicables «[d]ans un cas ou une catégorie de cas donnés».

[12] La CCDP a vigoureusement soutenu devant nous que l'appelant ne pouvait contester la constitutionnalité d'une loi adoptée par la Couronne fédérale. Celle-ci fondait sa position sur le fait que l'appelant est le gouvernement d'un territoire qui fait partie de la Couronne du chef du Canada et qu'il n'a pas encore juridiquement acquis le statut constitutionnel de province. Sa Majesté la Reine du chef du Canada ne pouvant, selon cet argument, contester la validité de ses propres lois, l'appelant ne peut pas le faire non plus puisqu'il est une créature du Parlement fédéral qui fait partie de la Couronne fédérale.

[13] Cet argument a entraîné un long débat sur les questions de savoir si l'appelant avait obtenu le statut de province de fait ou possédait un statut quasi constitutionnel qui lui donnerait la qualité pour agir, si les conventions constitutionnelles pouvaient avoir pour effet d'attribuer la qualité pour agir et si elles étaient susceptibles d'être exécutées. L'appelant et la CCDP ont cité des décisions judiciaires à l'appui de leurs arguments divergents: *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116 (C.A.), à la page 129; *R. v. St-Jean*, [1987] N.W.T.R. 118 (C.S.); *Friends of Democracy v. Northwest Territories (Attorney General)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 551 (C.S. T.N.-O.), à la page 568; *Pfeiffer and Commissioner of the Northwest Territo-*

415-417; *Morin v. Northwest Territories (Conflict of Interest Commissioner)* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362 (N.W.T.S.C.), at pages 375, 378-381; *Pokiak v. Steen*, [1987] N.W.T.R. 272 (S.C.); *Bradasch v. Warren*, [1990] 3 F.C. 32 (C.A.), at page 36; *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [1996] 3 F.C. 182 (T.D.), at paragraph 43; *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pages 774-884; *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraph 75. As interesting and challenging as all these questions may be, they are not, however, relevant in this appeal. As a matter of fact, there has been a misapprehension and a mischaracterization of the purpose sought by the appellant in seeking judicial review of the Tribunal's decision. Such mischaracterization has, in my respectful view, led the parties and the Motions Judge to misapprehend the law applicable in this instance.

[14] Indeed, the appellant is not seeking to challenge the validity of the Act. It actually relies upon the Act itself as enacted to contend and establish that subsections 27(3) and 48.2(2) produce a result which deprives it of its common law right to an independent and impartial tribunal. At the most, what the appellant did in the judicial review proceedings for which it was denied standing was to give these two subsections an interpretation which both respondents disagree with. In other words, the position taken by the appellant with respect to the impugned subsections is one which involves the interpretation and effect of the Act, rather than an attack on its validity.

[15] The appellant has been given by statute, the *Northwest Territories Act*, R.S.C., 1985, c. N-27 (N.W.T.A), wide powers akin to those conferred upon the provinces by 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]]. Under section 16 [as am. by S.C. 1993, c. 41, s. 10] of the N.W.T.A, the Commissioner in Council has jurisdiction to make ordinances in the best interest of the Territory and its inhabitants. These ordinances relate to issues or classes of subjects similar to those assigned to the provinces under section 92 of the *Constitution Act*,

ries (Re) (1977), 75 D.L.R. (3d) 407 (C.S. T.N.-O.), aux pages 415 à 417; *Morin v. Northwest Territories (Conflict of Interest Commissioner)* (1999), 29 C.P.C. (4th) 362 (C.S. T.N.-O.), aux pages 375 et 378 à 381; *Pokiak v. Steen*, [1987] N.W.T.R. 272 (C.S.); *Bradasch c. Warren*, [1990] 3 C.F. 32 (C.A.), à la page 36; *Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1996] 3 C.F. 182 (1^{re} inst.), au paragraphe 43; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux pages 774 à 884; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au paragraphe 75. Il s'agit certes là de questions intéressantes et stimulantes mais qui ne se rapportent pas au présent appel. En fait, il y a une méprise et une erreur de qualification au sujet du but que recherchait l'appellant en demandant le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Cette erreur de qualification a amené les parties et le juge des requêtes à se méprendre sur le droit applicable à l'espèce.

[14] En fait, l'appelant ne conteste pas du tout la validité de la Loi. Il se fonde en réalité sur la Loi elle-même, telle qu'adoptée, pour soutenir et démontrer que les paragraphes 27(3) et 48.2(2) ont pour effet de le priver de son droit reconnu par la common law d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Dans la demande de contrôle judiciaire dans laquelle la qualité d'agir lui a été refusée, l'appelant a tout au plus donné à ces deux paragraphes une interprétation contraire à celle que souhaitaient les deux intimées. Autrement dit, la position qu'a adoptée l'appelant au sujet des paragraphes contestés porte davantage sur l'interprétation et l'effet de la Loi que sur sa validité.

[15] L'appelant s'est vu attribuer par une loi, la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), ch. N-27 (L.T.N.-O.), de vastes pouvoirs, semblables à ceux conférés aux provinces par 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]]. Aux termes de l'article 16 [mod. par L.C. 1993, ch. 41, art. 10] de la L.T.N.-O., le Commissaire en conseil a le pouvoir de prendre des ordonnances dans l'intérêt du Territoire et de ses habitants. Ces ordonnances portent sur des questions ou des matières entrant dans des domaines

1867. There is no doubt that the appellant has, with respect to the exercise of its statutory powers, standing before the courts to seek recognizance and enforcement of these powers. There is, in my view, also no doubt that the appellant has standing before the courts to defend itself when sued for an alleged abuse or misuse of these powers. This is the situation in the present instance. PSAC complained that the appellant, as an employer, abused or misused its managerial powers by discriminating in the employment. The appellant has standing to defend itself against this complaint. This standing of the appellant extends to its right, as a requirement of natural justice, to seek an independent and impartial tribunal who will apply and interpret an Act whose validity the appellant does not contest. In my view, the Motions Judge erred when he denied the appellant standing "to argue that provisions of the *Canadian Human Rights Act* or a statutory instrument issued thereunder create a scheme which is contrary to the requirements of natural justice".

[16] In so concluding, I want to emphasize that I am not, at this stage, adjudicating on the merits of the appellant's entitlement to natural justice and, therefore, to an independent and impartial tribunal. I am simply stating that the appellant has legal standing to argue before the courts that the rules of natural justice apply to the facts of its case and, accordingly, seek their application.

[17] Counsel for the CHRC, as well as the Motions Judge, relied heavily upon section 66 [as am. by S.C. 1993, c. 28, s. 78] of the Act which states that the Act is binding on Her Majesty in Right of Canada, except in matters respecting the Northwest Territories:

66. (1) This Act is binding on Her Majesty in right of Canada, except in matters respecting the Government of the Yukon Territory, the Northwest Territories or Nunavut.

comparables à ceux qui ont été attribués aux provinces par l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est incontestable que l'appelant possède, pour ce qui est de l'exercice de ses pouvoirs législatifs, la qualité pour agir devant les tribunaux dans le but de faire reconnaître ces pouvoirs et en assurer l'exercice. J'estime qu'il est également contestable que l'appelant a qualité pour agir devant les tribunaux pour se défendre dans le cas où il serait poursuivi en cas d'excès de pouvoir ou d'exercice illégal de ses pouvoirs. C'est le cas en l'espèce. L'AFPC s'est plainte du fait que l'appelant, en qualité d'employeur, avait excédé ou mal utilisé ses pouvoirs d'administration en pratiquant la discrimination dans l'emploi. L'appelant possède la qualité pour se défendre contre cette plainte. La qualité que possède l'appelant comporte également le droit de demander, comme le prévoient les règles de la justice naturelle, à un tribunal indépendant et impartial d'appliquer et d'interpréter une loi dont l'appelant ne conteste pas la validité. J'estime que le juge des requêtes a commis une erreur lorsqu'il a refusé à l'appelant la qualité nécessaire «pour prétendre que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou de l'un de ses règlements d'application créent un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle».

[16] Je tiens à souligner, à propos de cette conclusion, que je ne me prononce pas ici sur le bien-fondé du droit de l'appelant de bénéficier des règles de la justice naturelle, et donc, sur le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Je ne fais que déclarer que l'appelant possède la qualité pour soutenir devant les tribunaux que les règles de la justice naturelle s'appliquent aux faits de l'espèce et que, par conséquent, il peut en demander l'application.

[17] L'avocat de la CCDP, tout comme le juge des requêtes, ont accordé une grande importance à l'article 66 [mod. par L.C. 1993, ch. 28, art. 78] de la Loi qui énonce que la Loi lie Sa Majesté du chef du Canada, à l'exception des sujets concernant les Territoires du Nord-Ouest:

66. (1) La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada sauf en ce qui concerne les gouvernements du territoire du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du territoire du Nunavut.

(2) The exception referred to in subsection (1) shall come into operation in respect of the Government of the Yukon Territory on a day to be fixed by proclamation.

(3) The exception referred to in subsection (1) shall come into operation in respect of the Government of the Northwest Territories on a day to be fixed by proclamation.

[18] I honestly fail to see what it really adds or contributes to this debate on standing. As I have already pointed out, the appellant does not contest that the Act is binding upon itself. It simply contends that the relevant provisions of the Act as they read do not say what the CHRC pretends or wishes them to be saying. To put it differently, the appellant agrees that, pursuant to section 66, the Act is binding upon it, but rightly or wrongly disagrees with the interpretation given to it by the CHRC.

Whether this Court should consider the appellant's argument not dealt with by the Motions Judge

[19] I should now address the appellant's argument that this Court has jurisdiction on this appeal to consider and determine the issues that the reviewing Judge never ruled upon as a result of a preliminary objection as to standing. Section 52 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17)] enumerates the powers of the Court of Appeal on an appeal from a decision of the Trial Division. More precisely, subparagraphs 52(b)(i) and (iii) stipulate:

52. The Federal Court of Appeal may

(a) quash proceedings in cases brought before it in which it has no jurisdiction or whenever those proceedings are not taken in good faith;

(b) in the case of an appeal from the Trial Division,

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Trial Division should have given or awarded,

(ii) in its discretion, order a new trial, if the ends of justice seem to require it, or

(2) L'exception prévue au paragraphe (1) entre en vigueur à l'égard du gouvernement du territoire du Yukon à la date fixée par proclamation.

(3) L'exception prévue au paragraphe (1) entre en vigueur à l'égard du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest à la date fixée par proclamation.

[18] Je dois dire sincèrement que je ne vois pas ce que cette disposition ajoute ou apporte à ce débat sur la qualité pour agir. Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'appelant ne conteste pas qu'il est lié par cette Loi. Il soutient uniquement que les dispositions pertinentes de la Loi telles qu'elles se lisent actuellement n'ont pas le sens que la CCDP prétend qu'elles ont ou souhaiterait qu'elles aient. En d'autres termes, l'appelant reconnaît qu'en vertu de l'article 66, il est lié par cette Loi mais, à tort ou à raison, il ne souscrit pas à l'interprétation que lui donne la CCDP.

La Cour devrait-elle examiner les arguments de l'appelant qui n'ont pas été tranchés par le juge des requêtes?

[19] Je vais maintenant examiner l'argument de l'appelant selon lequel notre Cour possède, dans le présent appel, la compétence pour examiner et trancher les questions sur lesquelles le juge des requêtes ne s'est pas prononcé en raison de l'objection préliminaire présentée au sujet de la qualité de l'appelant. L'article 52 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17)] énumère les pouvoirs que possède la Cour d'appel dans le cas d'un appel d'une décision de la Section de première instance. Plus précisément, les sous-alinéas 52b)(i) et (iii) énoncent:

52. La Cour d'appel peut:

a) arrêter les procédures dans les causes qui ne sont pas de son ressort ou entachées de mauvaise foi;

b) dans le cas d'un appel d'une décision de la Section de première instance:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre et prendre toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

(ii) soit, à son appréciation, ordonner un nouveau procès, si l'intérêt de la justice paraît l'exiger,

(iii) make a declaration as to the conclusions that the Trial Division should have reached on the issues decided by it and refer the matter back for a continuance of the trial on the issues that remain to be determined in the light of that declaration; and

(iii) soit énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Section de première instance aurait dû arriver sur les points qu'elle a tranchés et lui renvoyer l'affaire pour poursuite de l'instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens;

[20] I think subparagraph 52(b)(i) authorizes this Court to deal with the issues not considered by the Motions Judge that were before him. It authorizes the Court of Appeal to give the judgment that the Trial Division should have given which entails that the Court of Appeal can consider the arguments that were before the Motions Judge to consider and, in delivering the judgment that should have been delivered, state the reasons that should and would have been given by the Motions Judge. The power to do that is one thing, the advisability of doing it is, however, another which depends on the circumstances of each case. In the present instance, I do not think that it would be in the interest of justice to leave these matters unanswered or to send the matter back to the Motions Judge for adjudication. The history of the case clearly indicates that they will certainly become another ground of dispute almost guaranteed to delay the hearing on its merits and resurface before us. Accordingly, I shall deal with the three questions that the application for judicial review raised before the Motions Judge.

[20] Je pense que le sous-alinéa 52b)(i) autorise notre Cour à examiner les questions soumises au juge des requêtes sur lesquelles celui-ci ne s'est pas prononcé. Il autorise la Cour d'appel à rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre, ce qui veut dire que la Cour d'appel peut examiner les arguments qui ont été présentés au juge des requêtes et, en rendant le jugement qui aurait dû être rendu, exposer les motifs qui auraient dû être prononcés par le juge des requêtes. L'existence d'un tel pouvoir est une chose, la décision de l'exercer en est toutefois une autre qui dépend des circonstances de l'affaire. En l'espèce, je ne pense pas qu'il serait dans l'intérêt de la justice de laisser ces questions sans réponse ou de les renvoyer au juge des requêtes pour qu'il les tranche. L'historique de l'affaire indique clairement que ces questions vont certainement devenir un autre sujet de litige, ce qui va retarder, presque à coup sûr, l'examen du fond de la demande, et qu'elles nous seront soumises plus tard. C'est pourquoi je vais examiner les trois questions qui avaient été soulevées devant le juge des requêtes dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire.

Whether a *quo warranto* should issue

[21] The appellant challenges the Tribunal's decision that, pursuant to subsection 33(3) of the amending Act (S.C. 1998, c. 9), it had the authority to carry on with PSAC's complaint. The thrust of its argument runs as follows. The appointments of two of the members of the Tribunal expired on June 30, 1998 and July 5, 1998. The appointment of the third member came to an end on March 31, 2000. Nothing in the Act as now amended extends the terms of office of these members who kept on sitting on the case beyond the expiry dates of their appointments. Therefore they have no jurisdiction to hear the complaint against the appellant and should be removed by *quo warranto* from an office that they improperly occupy. I believe it is necessary at this point to reproduce in its entirety section 33 of the amending Act which is a transitional

L'émission d'un bref de *quo warranto*

[21] L'appelant conteste la décision du Tribunal selon laquelle, conformément au paragraphe 33(3) de la Loi modificatrice (L.C. 1998, ch. 9), il avait le pouvoir d'examiner la plainte présentée par l'AFPC. Le raisonnement à la base de cet argument est le suivant: le mandat de deux des membres du Tribunal a expiré le 30 juin et le 5 juillet 1998. Celui du troisième membre a expiré le 31 mars 2000. La Loi telle que modifiée ne contient aucune disposition ayant pour effet de prolonger le mandat des membres qui ont continué d'examiner l'affaire après l'expiration de leur mandat. Par conséquent, ils n'ont pas le pouvoir d'entendre la plainte présentée contre l'appelant et devraient être révoqués par un bref de *quo warranto* puisqu'ils occupent désormais leur poste sans droit. J'estime qu'il y a lieu de reproduire intégralement ici

provision. It reads:

l'article 33 de la Loi modificatrice, une disposition transitoire. Il se lit ainsi:

PART 3

TRANSITIONAL PROVISIONS,
CONSEQUENT AMENDMENTS AND
COMING INTO FORCE

Transitional Provisions

33. (1) In this section, "commencement day" means the day on which this section comes into force.

(2) Subject to subsections (3), (4) and (5), the members of the Human Rights Tribunal Panel cease to hold office on the commencement day.

(3) The members of any Human Rights Tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act* before the commencement day have jurisdiction with respect to any inquiry into the complaint in respect of which the Human Rights Tribunal was appointed.

(4) The members of any Review Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act* before the commencement day have jurisdiction with respect to any appeal against a decision or order of a Human Rights Tribunal.

(5) The members of any Employment Equity Review Tribunal established under section 28 or 39 of the *Employment Equity Act* before the commencement day have jurisdiction over any matter in respect of which the Tribunal was established.

(6) The Chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal has supervision over and direction of the work of any Human Rights Tribunal, Review Tribunal or Employment Equity Review Tribunal referred to in subsection (3), (4) or (5).

(7) Each member of a Human Rights Tribunal, Review Tribunal or Employment Equity Review Tribunal referred to in subsection (3), (4) or (5), other than such a member who is appointed as a full-time member of the Canadian Human Rights Tribunal, shall be paid such remuneration as may be fixed by the Governor in Council.

(8) Each member of a Human Rights Tribunal, Review Tribunal or Employment Equity Review Tribunal referred to in subsection (3), (4) or (5) is entitled to be paid travel and living expenses incurred in carrying out duties as a member of that Tribunal while absent from their place of residence, but the expenses must not exceed the maximum limits authorized by Treasury Board directive for employees of the Government of Canada.

PARTIE 3

DISPOSITIONS TRANSITOIRES,
MODIFICATIONS CORRÉLATIVES ET
ENTRÉE EN VIGUEUR

Dispositions transitoires

33. (1) Pour l'application du présent article, «entrée en vigueur» s'entend de l'entrée en vigueur de celui-ci.

(2) Sous réserve des paragraphes (3), (4) et (5), le mandat des membres du Comité du tribunal des droits de la personne prend fin à la date d'entrée en vigueur.

(3) Les membres du tribunal des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avant la date d'entrée en vigueur conservent leurs pouvoirs à l'égard de la plainte qu'ils ont été chargés d'examiner.

(4) Les membres du tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avant la date d'entrée en vigueur conservent leurs pouvoirs à l'égard de l'appel dont ils sont saisis.

(5) Les membres du tribunal constitué en vertu de l'article 28 ou 39 de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* avant la date d'entrée en vigueur conservent leurs pouvoirs à l'égard de l'affaire dont ils ont été saisis en vertu de cette loi.

(6) Dans l'exercice des pouvoirs prévus aux paragraphes (3), (4) et (5), les membres agissent sous l'autorité du président du Tribunal canadien des droits de la personne.

(7) Les membres reçoivent, pour l'exercice des pouvoirs prévus aux paragraphes (3), (4) et (5), la rémunération fixée par le gouverneur en conseil, sauf s'ils sont nommés membres à temps plein du tribunal.

(8) Les membres ont droit aux frais de déplacement et de subsistance entraînés par l'accomplissement, hors du lieu de leur résidence habituelle, des fonctions qui leur sont confiées en application de la présente loi, sous réserve des montants maximaux que les instructions du Conseil du Trésor fixent en semblable matière pour les fonctionnaires du gouvernement du Canada.

With respect, I think the contention of the appellant is without merit and results from a misunderstanding of what Parliament intended to do and effectively did.

[22] It is not unusual for a legislative authority to merge or replace an existing board or agency with another one with a view to better satisfying the evolving needs of society. Often times, the members of the former board are appointed members of the new board and the files or complaints are transferred to the new board. This is, of course, the least disruptive process as there is continuity and expertise in the membership of the new board.

[23] There are, however, instances where members of a board which is abolished are not appointed to the newly created board. This may be done for a multiplicity of valid administrative as well as personal reasons ranging from a lack of expertise in, or legal qualification for, the jurisdiction of the new board to the simple desire of a member not to be appointed to the new board. It is not unusual for a legislative authority, when this happens, to resort in the interest of justice to a transitional provision which ensures that the members of a board who are not appointed to the new board will be expressly authorized to finish the work that they had commenced or that was in progress at the time of the abolition of their board. This is, as I shall explain, precisely what Parliament did in the present instance when it enacted section 33 of the amending Act.

[24] By section 27 of the amending Act, Parliament created the Canadian Human Rights Tribunal which replaced the Human Rights Tribunal Panel of which the three persons against whom a *quo warranto* is sought were members:

27. The heading before section 48.1 and sections 48.1 to 53 of the Act are replaced by the following:

Canadian Human Rights Tribunal

48.1 (1) There is hereby established a tribunal to be known as the Canadian Human Rights Tribunal consisting, subject to subsection (6), of a maximum of fifteen members, including a Chairperson and a Vice-chairperson, as may be appointed by the Governor in Council.

J'estime que l'argument de l'appelant est mal fondé et découle d'une méprise au sujet de l'intention du législateur et des dispositions qu'il a adoptées.

[22] Il n'est pas inhabituel qu'un organe législatif fusionne ou remplace une commission ou un organisme existant par un autre dans le but de mieux répondre aux besoins de la société. Bien souvent, les membres de l'ancienne commission deviennent membres de la nouvelle commission et les dossiers ou les plaintes lui sont transférés. On cherche ainsi, bien entendu, à faciliter la transition en assurant une certaine continuité et en préservant l'expertise des membres de la nouvelle commission.

[23] Il y a toutefois des cas où les membres de la commission qui est abolie ne sont pas nommés membres de la nouvelle commission. Cela peut arriver pour diverses raisons valides, tant administratives que personnelles, qui vont d'un manque d'expertise ou de formation juridique pour exercer les pouvoirs de la nouvelle commission au simple désir de ne pas faire partie de la nouvelle commission. Il n'est pas inhabituel que le législateur adopte, dans ce cas, une disposition transitoire, dans l'intérêt de la justice, qui dispose que les membres de la commission qui ne sont pas membres de la nouvelle sont expressément autorisés à terminer les travaux qu'ils ont entamés ou qui étaient en cours au moment de l'abolition de leur commission. C'est, comme je vais l'expliquer, exactement ce qu'a fait le législateur en l'espèce lorsqu'il a adopté l'article 33 de la Loi modificatrice.

[24] En vertu de l'article 27 de la Loi modificatrice, le législateur a créé le Tribunal canadien des droits de la personne qui a remplacé le Comité du tribunal des droits de la personne dont étaient membres les trois personnes contre qui l'on demande un bref de *quo warranto*:

27. L'intertitre précédant l'article 48.1 et les articles 48.1 à 53 de la même loi sont remplacés par ce qui suit:

Tribunal canadien des droits de la personne

48.1 (1) Est constitué le Tribunal canadien des droits de la personne composé, sous réserve du paragraphe (6), d'au plus quinze membres, dont le président et le vice-président, nommés par le gouverneur en conseil.

(2) Persons appointed as members of the Tribunal must have experience, expertise and interest in, and sensitivity to, human rights.

(3) The Chairperson and Vice-chairperson must be members in good standing of the bar of a province or the Chambre des notaires du Québec for at least ten years and at least two of the other members of the Tribunal must be members in good standing of the bar of a province or the Chambre des notaires du Québec.

[25] Under subsections 33(1) and (2), the members of the former Human Rights Tribunal Panel ceased to hold office on June 30, 1998 when the amendments came into force. As of that date, the actual date of expiry of the term of appointment of members of the Panel (June 30, 1998, July 5, 1998 and March 31, 2000 for the members herein concerned) became irrelevant as they all ceased to hold office on June 30, 1998. The appellant's contention that the appointment of at least two of the members ran beyond June 30, 1998 to later expire at the date fixed in the term of their appointment goes against the clear wording of subsection 33(2).

[26] It is not disputed that the three members whose jurisdiction is challenged in this appeal were not appointed to the new Tribunal. Consequently, their status as well as the fate of the complaints they were hearing at the time came to be governed by subsection 33(3). In this regard, the appellant is mistaken in its contention that the three members need an extension of their appointment and that such extension requires the approval of the Chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal pursuant to subsection 48.2(2) of the amended Act. The members of the Human Rights Tribunal Panel, in their decision of December 4, 1998, at page 24, properly concluded that subsection 48.2(2) does not apply to them as they are not members of the Canadian Human Rights Tribunal to whom the subsection is evidently meant to apply. There is no need for them to seek an extension of an appointment which has expired for an office that they no longer hold. Subsections 33(4) and (5) also evidence Parliament's intent to maintain in a similar way the jurisdiction of the members of any Review Tribunal or of any Employment Equity Review Tribunal. Under subsection 33(6), all these members, including

(2) Les membres doivent avoir une expérience et des compétences dans le domaine des droits de la personne, y être sensibilisés et avoir un intérêt marqué pour ce domaine.

(3) Outre le président et le vice-président, qui doivent l'être depuis au moins dix ans, au moins deux autres membres du Tribunal doivent être membres en règle du barreau d'une province ou de la Chambre des notaires du Québec.

[25] Aux termes des paragraphes 33(1) et (2), le mandat des membres de l'ancien Comité du tribunal des droits de la personne a expiré le 30 juin 1998, date d'entrée en vigueur des modifications. À partir de cette date, la date réelle de l'expiration du mandat des membres du Comité (le 30 juin 1998, le 5 juillet 1998 et le 31 mars 2000 pour les membres en cause ici) n'était plus pertinente puisque le mandat de toutes ces personnes a pris fin le 30 juin 1998. L'argument de l'appelant selon lequel le mandat d'au moins deux des membres s'est prolongé au-delà du 30 juin 1998 pour expirer par la suite à la date fixée au moment de leur nomination va à l'encontre des termes clairs du paragraphe 33(2).

[26] Il n'est pas contesté que les trois membres dont les pouvoirs sont contestés dans le présent appel n'ont pas été nommés membres du nouveau Tribunal. Par conséquent, leur statut ainsi que le sort des plaintes qu'ils examinaient à cette époque sont régis par le paragraphe 33(3). Sur ce point, l'appelant soutient à tort que le mandat des trois membres doit être prolongé et que cette prolongation doit être approuvée par le président du Tribunal canadien des droits de la personne conformément au paragraphe 48.2(2) de la Loi modifiée. Dans leur décision du 4 décembre 1998, à la page 24, les membres du Comité du tribunal des droits de la personne ont à juste titre conclu que le paragraphe 48.2(2) ne leur était pas applicable puisqu'ils ne sont pas des membres du Tribunal canadien des droits de la personne à qui ce paragraphe doit manifestement s'appliquer. Il n'est pas nécessaire qu'ils demandent la prolongation d'un mandat qui est expiré et qui concerne un poste qu'ils n'occupent plus. Les paragraphes 33(4) et (5) montrent également que le législateur avait l'intention de préserver de façon comparable les pouvoirs des membres du tribunal d'appel et du tribunal d'équité en matière d'emploi.

the members of the former Human Rights Tribunal Panel are to complete their work under the supervision and direction of the Chairperson of the new Canadian Human Rights Tribunal. According to subsections 33(7) and (8), they are to be paid a remuneration fixed by the Governor in Council as well as travel and living expenses incurred in carrying out their temporary duties.

[27] I did mention earlier that it is not unusual for a legislative authority to ensure by way of a transitional provision that pending cases are completed by former members of a board who are not appointed to the new board. A provision almost identical to subsections 33(2) and (7) was enacted in 1996 by the Quebec legislature when it replaced the "Régie du gaz naturel" by the "Régie de l'énergie". Section 147 of *An Act respecting the Régie de l'énergie*, R.S.Q. c. R-6.01 reads:

147. The term of office of the commissioners of the Régie du gaz naturel shall end on 2 June, 1997. The term of office of the Commissioner appointed under the Act respecting the examination of complaints from customers of electricity distributors (chapter E-17.1) shall end on 11 February, 1998.

However, the commissioners of the Régie may, notwithstanding the expiry of their term, continue to examine and decide applications having been referred to them. They shall, in that case, be remunerated at an hourly rate determined on the basis of their annual salary.

[28] In the same vein, in the context of a restructuration of the Quebec municipal courts, the Quebec legislature has provided in *An Act respecting Municipal Courts*, R.S.Q. c. C-72.01 that where the jurisdiction of a municipal court is suspended or abolished, the judge of that court retains jurisdiction to hear the cases that were entered on the rolls of the court before the suspension or the abolition became effective:

102. The judge of the court shall continue to have jurisdiction to hear cases entered on one of the rolls of the court before the order suspending the jurisdiction of the court took effect; he shall sit, for that purpose, at the place indicated in the order.

...

Aux termes du paragraphe 33(6), toutes ces personnes, y compris les membres de l'ancien Comité du tribunal des droits de la personne, doivent achever leurs travaux sous l'autorité du président du Tribunal canadien des droits de la personne. D'après les paragraphes 33(7) et (8), ces membres reçoivent la rémunération fixée par le gouverneur en conseil et ont droit aux frais de déplacement et de subsistance exposés dans l'exercice de leurs fonctions temporaires.

[27] J'ai déjà mentionné qu'il n'est pas inhabituel qu'un législateur adopte une disposition transitoire pour veiller à ce que l'examen des dossiers en cours soit achevé par les anciens membres d'une commission qui n'ont pas été nommés membres de la nouvelle commission. L'Assemblée législative du Québec a adopté en 1996 une disposition pratiquement identique à celle des paragraphes 33(2) et (7) lorsqu'elle a remplacé la «Régie du gaz naturel» par la «Régie de l'énergie». L'article 147 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q. ch. R-6.01 se lit ainsi:

147. Le mandat des régisseurs de la Régie du gaz naturel prend fin le 2 juin 1997. Celui du commissaire nommé en vertu de la Loi concernant l'examen des plaintes des clients des distributeurs d'électricité (chapitre E-17.1) prend fin le 11 février 1998.

Toutefois, les régisseurs peuvent continuer l'étude d'une demande dont ils ont été saisis et en décider malgré l'expiration de leur mandat. Ils seront alors rémunérés sur la base d'un taux horaire calculé en fonction de leur salaire annuel.

[28] Dans la même veine, dans le contexte de la restructuration des cours municipales du Québec, l'Assemblée législative du Québec a prévu dans la *Loi sur les cours municipales*, L.R.Q. ch. C-72.01 que, lorsque la compétence d'une cour municipale est suspendue ou abolie, le juge de cette cour demeure compétent pour entendre les causes inscrites sur les rôles d'audience de la cour avant l'entrée en vigueur du décret suspendant ou abolissant la compétence de la cour:

102. Le juge de la cour demeure compétent pour entendre les causes inscrites sur l'un des rôles d'audience de la cour avant la prise d'effet du décret suspendant la compétence de la cour; il siège, à cette fin, à l'endroit indiqué dans le décret.

[. . .]

117.1 Notwithstanding, where applicable, section 39, the judge of the court retains his jurisdiction to hear and dispose of cases entered on one of the rolls of the court before the date on which the abolition of the municipal court or the withdrawal of the territory of a municipality from the jurisdiction of a municipal court became effective; he shall sit for that purpose at the place indicated in the order.

[29] Finally, perhaps I should add in respect of the Quebec legislative authority that in *An Act to amend various legislative provisions relating to building and the construction industry*, S.Q. 1998, c. 46, the Quebec legislature, with in this case somewhat more specificity, determined that the proceedings in progress shall be continued and fixed the conditions of employment of the members dealing with these proceedings although it begs the question as to what these conditions are if the matter extends beyond six months. I reproduce section 131 of that Act:

131. The term of office of the building commissioner and of the building deputy-commissioner shall end on 8 September, 1998.

Where the parties consent thereto, the building commissioner and the building deputy-commissioner may, notwithstanding the end of their term, conclude matters they have begun to hear and on which they have yet to rule. For such purpose, they are entitled, for a maximum period of six months, to the conditions of employment that are applicable to them on 7 September, 1998.

[30] Similar transitional provisions can be found as well in the Ontario statutes. For example, in the *Crown Employees Collective Bargaining Act*, 1993, S.O. 1993, c. 38 amended by S.O. 1995, c. 1, which replaced the *Crown Employees Collective Bargaining Act*, 1990, R.S.O. 1990, c. C.50, subsection 59(2) states that “[t]he Tribunal is continued for the purposes of disposing of any matters in respect of which an application was made to the Tribunal before the repeal of the old Act”: to the same effect, see subsection 1(1) (as am. by S.O. 1997, c. 28 s. 173(5)) of the *Mortgage Brokers Act*, R.S.O. 1990, c. M. 39; see also the complex transitional provisions, especially subsection 112(4), of the *Workplace Safety and Insurance Act*, 1997, S.O. 1997, c. 16, Schedule A which replaced the *Workers’ Compensation Act*, R.S.O. 1990, c. W-11.

117.1 Le juge de la cour demeure compétent, malgré, le cas échéant, l’article 39, pour entendre et disposer des causes inscrites sur l’un des rôles d’audience de la cour avant la prise d’effet de l’abolition de la cour municipale ou du retrait du territoire d’une municipalité de la compétence d’une cour municipale; il siège à cette fin, à l’endroit indiqué par le décret.

[29] Enfin, je devrais peut-être ajouter au sujet du législateur québécois que, dans la *Loi modifiant diverses dispositions législatives relatives au bâtiment et à l’industrie de la construction*, L.Q. 1998, ch. 46, l’Assemblée législative du Québec a édicté, de façon un peu plus explicite cette fois, que les affaires en cours peuvent être terminées, et a fixé les conditions de travail des membres qui s’occupent de ces affaires; elle n’a toutefois pas précisé ce qui se passerait si l’étude d’une affaire se prolongeait au-delà de six mois. Je reproduis l’article 131 de cette Loi:

131. Le mandat du commissaire et du commissaire adjoint de la construction prend fin le 8 septembre 1998.

Lorsque les parties y consentent, le commissaire et le commissaire adjoint de la construction peuvent, malgré la fin de leur mandat, terminer les affaires qu’ils ont commencé à entendre et sur lesquelles ils n’ont pas encore statué. À cette fin, ils bénéficient, pendant une période maximale de six mois, des conditions de travail qui leur sont applicables le 7 septembre 1998.

[30] On retrouve des dispositions transitoires comparables dans les lois de l’Ontario. Par exemple, dans la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne*, L.O. 1993, ch. 38, modifiée par L.O. 1995, ch. 1 qui remplaçait la *Loi de 1990 sur la négociation collective des employés de la Couronne*, L.R.O. 1990, ch. C.50, le paragraphe 59(2) énonce: «[l]e Tribunal est maintenu afin de statuer sur les questions à l’égard desquelles une requête lui a été présentée avant l’abrogation de l’ancienne loi»: on trouvera, au même effet, le paragraphe 1(1) (mod. par L.O. 1997, ch. 28, art. 173(5)) de la *Loi sur les courtiers en hypothèques*, L.R.O. 1990, ch. M. 39; voir également les dispositions transitoires complexes, en particulier le paragraphe 112(4), de la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l’assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, ch. 16, annexe A, qui a remplacé la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.O. 1990, ch. W-11.

[31] Perhaps most telling of all is the fact that the Government of the Northwest Territories did the same when, in 1997, it replaced the *Child Welfare Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. C-6 by the *Child and Family Services Act*, S.N.W.T. 1997, c. 13. Section 93, as a transitional provision, reads:

93. Notwithstanding the repeal of the former Act on the coming into force of this section,

...

- (e) where a person or persons have been appointed under section 44 of the former Act to inquire into and report on the management and conduct of an institution and the inquiry has not been concluded or report completed, section 44 of the former Act shall continue to apply to that inquiry or report; and

Other examples can be found in subsection 66(3) of the *Coroners Act*, S.N.W.T. 1985, c. 2 which repealed the former Act, R.S.N.W.T. 1974, c. C-13 and subsection 93(2) of the *Public Utilities Act*, S.N.W.T. 1989, c. 24 (Supp.) which repealed its predecessor, R.S.N.W.T. 1988, c. P-20.

[32] The appellant draws an argument from the fact, as it submits, that the members of the former Human Rights Tribunal Panel can hold office indefinitely under the transitional provision. It also contends that they are no longer subjected to the disciplinary procedures of the former Act and that the disciplinary procedures of the amended Act do not apply to them because they are not members of the Canadian Human Rights Tribunal. In its view, Parliament cannot have intended that result in enacting the transitional provisions of subsection 33(3).

[33] With respect, I do not think that it is appropriate to say that the former members of the Human Rights Tribunal Panel hold their office indefinitely. First, as subsection 33(2) clearly states, they no longer hold office. They are simply empowered to complete the inquiry into complaints before them. This empowerment contains in itself its own time-limit. The fact, in the present instance in view of the nature of the complaint, that completion of the inquiry may take more time than usual does not alter the status of the

[31] Le fait que le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest ait procédé de la même façon lorsqu'il a remplacé, en 1997, la *Loi sur la protection de l'enfance*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. C-6 par la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 13 est particulièrement intéressant. L'article 93, une disposition transitoire, se lit ainsi:

93. Malgré l'abrogation de l'ancienne loi, à l'entrée en vigueur du présent article:

[. . .]

- e) si des personnes sont nommées en vertu de l'article 44 de l'ancienne loi pour enquêter et présenter un rapport sur la gestion et l'exploitation d'un établissement et que l'enquête ou le rapport ne sont pas terminés, l'article 44 de l'ancienne loi continue de s'appliquer à l'enquête et au rapport;

On trouvera d'autres exemples au paragraphe 66(3) de la *Loi sur les coroners*, L.R.T.N.-O. 1985, ch. 2 qui abroge l'ancienne loi, L.R.T.N.-O. 1974, ch. C-13 et au paragraphe 93(2) de la *Loi sur les entreprises de service public*, L.T.N.-O. 1989, ch. 24 (suppl.) qui abrogeait l'ancienne loi, L.R.T.N.-O. 1988, ch. P-20.

[32] L'appelant tire argument du fait que, d'après lui, les membres de l'ancien Comité du tribunal des droits de la personne peuvent continuer à siéger indéfiniment en vertu de la disposition transitoire. Il prétend également qu'ils ne sont plus assujettis aux mesures disciplinaires prévues par l'ancienne loi et que celles de la Loi modifiée ne leur sont pas applicables parce qu'ils ne sont pas membres du Tribunal canadien des droits de la personne. D'après lui, le législateur n'a pu avoir l'intention d'obtenir un tel résultat lorsqu'il a adopté les dispositions transitoires du paragraphe 33(3).

[33] Je ne pense pas que l'on puisse dire que les anciens membres du Comité du tribunal des droits de la personne ont le droit de siéger indéfiniment. Tout d'abord, comme l'énonce clairement le paragraphe 33(2), leur mandat est expiré. Ils ont simplement le pouvoir d'achever leur enquête sur les plaintes dont ils sont saisis. Les modalités de cette attribution en limitent nécessairement la durée. Le fait qu'en l'espèce, compte tenu de la nature de la plainte, l'enquête risque de durer plus longtemps que ce n'est le cas

three members and make them holders of an office which they have ceased to hold. As for the fact that they might not be subject to disciplinary procedures, I am not sure that this is necessarily the case and it is not for us to decide in these proceedings. In any event, they remain subject to the law in the exercise of their duties. Furthermore, assuming that there is a gap at this level, it cannot be inferred that Parliament did not intend to confer upon them, by subsection 33(3), jurisdiction to complete their inquiry. Just like it is not unusual for a legislative authority to resort to transitional provisions, it is also not unusual for such authority to overlook some of the consequences resulting from the transition. The drafting of transitional provisions is perhaps the most complex and perilous exercise in legislative drafting since it is very difficult to ascertain at the time, let alone grasp fully, all the possible impact, ramifications and effects of a profound change of structure. An oversight of the nature argued by the appellant, assuming there is one, does not render ambiguous an otherwise clear provision as subsection 33(2) of the amended Act.

Whether the remuneration on a *per diem* basis and the need to obtain funds from the Treasury Board after forty days of sittings interfere with the institutional independence and impartiality of the three members invested with the power to hear the complaint

[34] The appellant objects to the three members of the Tribunal being remunerated by the Governor in Council on a *per diem* basis and sees in that mode of remuneration a lack of financial security which interferes with their institutional independence and impartiality. It buttresses its argument with its contention that the members are governed by the provisions of sections 48.1 to 48.8 of the amended Act and, therefore, need the discretionary approval of the Chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal to finish the cases they were seized of at the time they ceased to hold office as members of the Human Rights Tribunal Panel. See paragraphs 71 and 72 of its memorandum of fact and law.

habituellement ne modifie pas le statut de ces trois membres et ne fait pas d'eux des détenteurs d'un poste qu'ils n'occupent plus. Quant au fait qu'ils risquent de n'être assujettis à aucune mesure de discipline, je ne suis pas convaincu que cela soit nécessairement le cas et ce n'est pas une question qu'il nous appartient de trancher dans la présente instance. Quoi qu'il en soit, ils restent soumis au droit dans l'exercice de leurs fonctions. En outre, en supposant qu'il existe une lacune à ce sujet, on ne peut en déduire que le Parlement n'avait pas l'intention de leur attribuer, en adoptant le paragraphe 33(3), le pouvoir de terminer leur enquête. Tout comme il n'est pas inhabituel que le législateur ait recours à des dispositions transitoires, il n'est pas non plus inhabituel que le législateur ignore certaines des conséquences que peut entraîner l'adoption d'une nouvelle loi. La rédaction de dispositions transitoires constitue peut-être l'exercice de réduction législative le plus complexe et le plus périlleux puisqu'il est très difficile de déterminer au départ, et encore moins d'envisager pleinement, tous les effets, les ramifications et les conséquences que peut avoir un important changement de structure. Un oubli du genre dont parle l'appelant, en supposant qu'il y en ait effectivement eu un, n'a pas pour effet de rendre ambiguë une disposition aussi claire que le paragraphe 33(2) de la Loi modifiée.

La rémunération à la journée et la nécessité d'obtenir des fonds auprès du Conseil du Trésor après quarante jours de séance compromettent-elles l'indépendance institutionnelle et l'impartialité des trois membres investis du pouvoir d'entendre la plainte?

[34] L'appelant fait objection à ce que les trois membres du Tribunal soient rémunérés à la journée par le gouverneur en conseil et voit dans ce mode de rémunération un manque de sécurité financière qui compromet leur indépendance institutionnelle et leur impartialité. Il conforte son argument en affirmant que les membres du Tribunal sont régis par les dispositions des articles 48.1 à 48.8 de la Loi modifiée et ont, par conséquent, besoin de l'approbation du président du Tribunal canadien des droits de la personne pour terminer les affaires qui leur ont été soumises avant que leur mandat de membre du Comité du tribunal des droits de la personne n'ait pris fin: voir paragraphes 71 et 72 de son mémoire des faits et du droit.

[35] I have already concluded, and explained why I have concluded, that the three members do not need the approval of the Chairperson to complete their hearing of the complaint against the appellant because they hold the statutory authority to do that pursuant to subsection 33(3) of the transitional provision. As for the remuneration fixed by the Governor in Council, the decision in *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pages 706-707 stands for the principle that judicial independence is not compromised by the fact that judicial salaries are fixed by an order in council. As Lamer C.J. pointed out in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 121 and 122, the Court in *Valente* referred only to the individual dimension of financial security. He concluded that there was also an institutional or collective dimension to it which, as he states at paragraph 131, requires from a constitutional perspective that, to the extent possible, the relationship between the judiciary and the other branches of government be depoliticized. To use his words, the constitutional imperative “demands that the courts both be free and appear to be free from political interference through economic manipulation by other branches of government, and that they not become entangled in the politics of remuneration from the public purse”.

[36] Under subsections 33(7) and (8) of the transitional provision, the remuneration of the three members is fixed by the Governor in Council and the maximum limits of their travel and living expenses, like those of the new Canadian Human Rights Tribunal, are objectively determined by reference to the Treasury Board regulations or directive for government employees: see the testimony of Mr. Glynn, the Registrar of the Human Rights Tribunal Panel, Appeal Book, vol. III, at page 655. Their remuneration was fixed prior to their appointment according to a system of *per diem* rates. I agree with Roberts J. in *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337 (Nfld. S.C.), at page 369 that the fixing of remuneration by the Government in advance of appointment is an important factor in assessing the independence of a

[35] J’ai déjà conclu, avec explications à l’appui, que les trois membres n’ont pas besoin de l’approbation du président pour terminer l’examen de la plainte déposée contre l’appelant parce qu’ils ont le pouvoir légal de le faire conformément au paragraphe 33(3) de la disposition transitoire. Quant au fait que la rémunération est établie par le gouverneur en conseil, l’arrêt *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pages 706 et 707, a énoncé le principe que l’indépendance judiciaire n’est pas compromise par le fait que les salaires des juges sont fixés par décret. Comme le juge en chef Lamer l’a fait remarquer dans l’affaire du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 121 et 122, la Cour n’a traité dans *Valente* que de la dimension individuelle de la sécurité financière. Il conclut que cet aspect comportait également une dimension collective ou institutionnelle qui exige, comme il le déclare au paragraphe 131, que du point de vue constitutionnel, il faut, autant que possible, que les rapports entre le judiciaire et les autres pouvoirs de l’État soient dépolitisés. Pour reprendre ses termes, l’impératif constitutionnel «commande que la magistrature soit protégée contre l’ingérence politique des autres pouvoirs par le biais de la manipulation financière, qu’elle soit perçue comme telle et qu’elle ne devienne pas empiétrée dans les débats politiques sur la rémunération des personnes payées sur les fonds publics».

[36] Aux termes des paragraphes 33(7) et (8) de la disposition transitoire, la rémunération des trois membres est fixée par le gouverneur en conseil et le montant maximum de leurs frais de déplacement et de subsistance est, tout comme ceux du nouveau Tribunal canadien des droits de la personne, déterminé de façon objective par référence aux instructions ou aux règlements du Conseil du Trésor applicables aux fonctionnaires du gouvernement: voir le témoignage de M. Glynn, greffier du Comité du tribunal des droits de la personne, dossier d’appel, vol. III, à la page 655. Leur rémunération était fixée avant qu’ils ne soient nommés à un poste rémunéré selon le système des indemnités journalières. Je suis d’accord avec le juge Roberts lorsqu’il déclare dans l’arrêt *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337 (C.S. T.-N.), à la page 369, que le

tribunal. The problem under the earlier Act was that the rate was determined by the CHRC itself which might have created a reasonable apprehension of bias: see the testimony of Mr. Glynn, Appeal Book, vol. I, at page 79. As a result of the legislative amendment to the Act, the authority with respect to the *per diem* has now been transferred to the Governor in Council. The rates are the same for these members as they were when they were members of the former Human Rights Tribunal Panel: see the testimony of Mr. Glynn, Appeal Book, vol. III, at page 651.

fait que le gouvernement fixe la rémunération des juges avant qu'ils ne soient nommés est un facteur qui joue un rôle important dans l'appréciation de l'indépendance d'un tribunal. Le problème qui existait avec l'ancienne loi était que ce montant était fixé par la CCDP elle-même, ce qui aurait pu susciter une crainte raisonnable de partialité: voir le témoignage de M. Glynn, dossier d'appel, vol. I, à la page 79. En raison des modifications apportées à la Loi, les pouvoirs relatifs à l'indemnité journalière sont maintenant attribués au gouverneur en conseil. Les montants accordés à ces membres sont identiques à ceux auxquels ils avaient droit lorsqu'ils étaient membres de l'ancien Comité du tribunal des droits de la personne: voir le témoignage de M. Glynn, dossier d'appel, vol. III, à la page 651.

[37] It is now recognized that the constitutional or common law rules of independence and impartiality applicable to the courts do not apply with the same stringency to administrative tribunals. It is true that the three members in this case perform essentially an adjudicative function and, therefore, that it closely resembles a court. But it is not a court. As Gonthier J. wrote in 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at paragraph 45, in relation to the analysis of the structure of an administrative tribunal: an "informed person's assessment will always depend on the circumstances. The nature of the dispute to be decided, the other duties of the administrative agency and the operational context as a whole will of course affect the assessment. In a criminal trial, the smallest detail capable of casting doubt on the judge's impartiality will be cause for alarm, whereas greater flexibility must be shown toward administrative tribunals". At paragraph 62, he went on to add under the heading of independence of administrative tribunals that "[a]s is the case with impartiality, a certain degree of flexibility is appropriate where administrative agencies are concerned": see also the statement of Lamer C.J. to the same effect in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paragraph 83. At paragraph 63, he finally concluded by saying:

[37] Il est reconnu aujourd'hui que les règles constitutionnelles ou de la common law en matière d'indépendance et d'impartialité applicables aux cours ne s'appliquent pas avec la même rigueur aux tribunaux administratifs. Il est vrai qu'en l'espèce, les trois membres de ce Tribunal exercent pour l'essentiel des fonctions d'adjudication et que le Tribunal ressemble donc beaucoup à une cour de justice. Ce n'est toutefois pas une cour de justice. Comme le juge Gonthier l'a écrit dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, au paragraphe 45, au sujet de l'analyse de la structure d'un tribunal administratif: «l'appréciation que porte une personne bien renseignée sera toujours fonction des circonstances. Il est entendu que la nature du litige à trancher, les tâches remplies par ailleurs par l'organisme administratif, et l'ensemble du contexte opérationnel influenceront sur l'évaluation. Dans le cadre d'un procès pénal, le moindre détail pouvant mettre en doute l'impartialité du juge alarmera, alors qu'à l'endroit des tribunaux administratifs, il y a lieu de faire preuve d'une plus grande souplesse». Au paragraphe 62, il ajoute dans la section intitulée «L'indépendance» des tribunaux administratifs que «[c]omme en matière d'impartialité, une certaine dose de flexibilité est de mise à l'endroit des organismes administratifs»: voir également la déclaration du juge en chef Lamer au même effet dans *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 83. Il conclut enfin au paragraphe 63 en disant:

There is in fact no question that administrative tribunals do not necessarily have to provide the same objective guarantees of independence as higher courts.

I do not think that a reasonable person, informed of the fact that the three members are paid daily for their work pursuant to a tariff fixed by the Governor in Council before their appointment and viewing the matter realistically and practically, would conclude that they are not institutionally independent and impartial. This is also the conclusion that the Quebec Court of Appeal came to with respect to the financial security of the members of the Competition Tribunal whose lay members' remuneration was fixed by the Governor in Council: see *Alex Couture Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577, at pages 666-668.

[38] The appellant, in my view, in what I can only term either a desperate move or a wasted effort (*un coup d'épée dans l'eau*), argues that there is a reasonable apprehension of bias resulting from the fact that the three members, being paid on a *per diem* basis, might protract and prolong the hearing of the complaint in order to extract more money from the government. I think it is appropriate to stress that the appellant's position is somewhat at odds with its own conduct in these proceedings which shows a lack of eagerness and readiness to proceed swiftly with the merits of the complaint. Need it be repeated that the complaint was first laid in March 1989 and that, twelve years later and after four judicial review proceedings (all brought by the appellant), the case still has to be completed on its merits. In any event, I agree with counsel for both respondents that this approach presumes bad faith on the part of the members. Again, a reasonable person well informed of all the facts surrounding these proceedings and the allegations made by the appellant could not and would not conclude that the members would be, for that reason, institutionally or individually biased in the conduct of their hearing.

[39] Finally, I do not think that the appellant's argument that the independence and impartiality of the

Il ne fait en effet pas de doute que les tribunaux administratifs n'auront pas nécessairement à présenter les mêmes garanties objectives relatives à l'indépendance que les cours supérieures.

Je ne pense pas qu'une personne raisonnable informée du fait que les trois membres sont rémunérés à la journée pour leur travail conformément à un barème fixé par le gouverneur en conseil avant leur nomination et qui examine la question de façon réaliste et concrète, conclurait que ces membres ne constituent pas un tribunal indépendant et impartial au plan institutionnel. C'est également la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour d'appel du Québec au sujet de la sécurité financière des membres du Tribunal de la concurrence dont les membres non juristes sont rémunérés à un taux fixé par le gouverneur en conseil: voir *Alex Couture Inc. c. Canada (Procureur général)* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577, aux pages 666 à 668.

[38] L'appelant soutient, dans ce que je ne peux que qualifier d'effort désespéré ou de coup d'épée dans l'eau, qu'il existe une crainte raisonnable de partialité découlant du fait que les trois membres étant rémunérés sur une base journalière pourraient choisir de temporiser et de prolonger l'audition de la plainte dans le but de soutirer davantage d'argent au gouvernement. Je crois qu'il y a lieu de souligner ici que la position de l'appelant diffère sensiblement du comportement qu'il a adopté en l'instance, comportement qui reflète une absence de volonté et un manque d'empressement à voir la plainte examinée au fond avec célérité. Est-il nécessaire de répéter que la plainte a été déposée initialement en mars 1989 et que, douze ans plus tard et après quatre demandes de contrôle judiciaire (toutes présentées par l'appelant), l'affaire n'a toujours pas été examinée sur le fond. De toute façon, je suis d'accord avec les avocats des intimées lorsqu'ils déclarent que cet argument se fonde sur l'idée que les membres du Tribunal sont de mauvaise foi. Là encore, une personne raisonnable informée de tous les faits et circonstances de l'instance et des allégations présentées par l'appelant ne pourrait conclure que les membres feraient preuve, pour ce motif, d'une partialité institutionnelle ou personnelle dans la conduite des audiences.

[39] Enfin, pour ce qui est de l'argument de l'appelant selon lequel l'indépendance et l'impartialité des

members might be jeopardized by the fact that additional funding from the Treasury Board will be needed if the sittings last more than 40 days deserves more than a saying that it has no merit. In any event, the appellant is not without remedy if prejudicial interference on the part of the Treasury Board or actual bias on the part of the members as a result of the Treasury Board's position occurs and can be established. But it cannot be inferred from the mere possibility of an eventual misconduct on either side that an actual reasonable apprehension of bias on the part of the three members hearing the complaint will arise. More than fanciful speculation is needed to create in the mind of a well-informed reasonable person a reasonable apprehension of bias. As Cory J. said in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraph 112, the threshold for a finding of real or perceived bias is high and mere suspicion is not enough: a real likelihood of probability of bias must be demonstrated.

Whether the binding nature of the guidelines under subsection 27(3) of the Act compromises the institutional independence and impartiality of the three members

[40] Prior to the 1998 amendments, former subsections 27(2) and (3) of the Act authorized the CHRC to issue guidelines binding on any Human Rights Tribunal not only in respect of a class of cases, but also in respect of a particular case. These were the legal provisions in force at the time that the complaint against the appellant was laid by PSAC. I hasten to add that no binding guidelines specific to the appellant's case were actually issued by the CHRC. However, there was this possibility and, from a point of view of the independence and impartiality of any Human Rights Tribunal, concerns were expressed by McGillis J. about the impact of the provision as it read: see *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.), at paragraph 154. The 1998 amendment eliminated that possibility, but maintained the CHRC's power to issue binding guidelines with respect to classes of cases.

membres pourraient être compromises par le fait qu'il faut demander des crédits supplémentaires au Conseil du Trésor lorsque les audiences durent plus de 40 jours, il suffira de dire que cet argument n'est aucunement fondé. De toute façon, l'appelant disposerait de recours si le Conseil du Trésor intervenait de façon préjudiciable ou si les membres du Tribunal faisaient vraiment preuve de partialité en raison de la position du Conseil du Trésor et si cela pouvait être établi. Il n'est toutefois pas possible de déduire de la simple possibilité qu'une des parties au litige puisse poser des gestes irréguliers qu'une crainte raisonnable de partialité de la part des trois membres chargés d'entendre la plainte existe. Une supposition fantaisiste ne suffit pas à créer dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée une crainte raisonnable de partialité. Dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au paragraphe 112, le juge Cory a parlé de la rigueur dont il faut faire preuve pour conclure à la partialité, réelle ou apparente, et du fait qu'un simple soupçon ne suffit pas: il faut que soit démontrée une réelle probabilité de partialité.

Le caractère impératif des directives émises en vertu du paragraphe 27(3) de la Loi compromet-il l'indépendance institutionnelle et l'impartialité des trois membres?

[40] Avant les modifications de 1998, les anciens paragraphes 27(2) et (3) de la Loi autorisaient la CCDP à émettre des directives qui liaient les tribunaux des droits de la personne non seulement à l'égard d'une catégorie de cas donnés mais également à l'égard d'un cas en particulier. Ces dispositions étaient en vigueur au moment où l'AFPC a déposé sa plainte contre l'appelant. Je m'empresse d'ajouter que la CCDP n'a en fait émis aucune directive impérative dans la cause de l'appelant. Toutefois, cette possibilité existait et du point de vue de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux des droits de la personne, le juge McGillis s'est déclaré préoccupé par l'effet que pouvait avoir cette disposition telle qu'elle se lisait: voir *Bell Canada c. Assoc. Canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1^{re} inst.), au paragraphe 154. Les modifications de 1998 ont supprimé cette possibilité mais préservé le pouvoir de la CCDP d'émettre des lignes directrices impératives applicables à une catégorie de cas donnés.

[41] The appellant contends that the amended provision still compromises the independence and impartiality of the Human Rights Tribunal Panel assigned to hearing the complaint against it. The appellant assumed, rightly so in my view, that subsection 27(3) as it now exists in its more restricted form due to the amendment to subsection 27(2) applies to the hearing of the complaint against it. I wish to dissipate any doubt that could exist in this regard because the actual subsection 27(3) refers to members of the Canadian Human Rights Tribunal appointed under subsection 49(2) [as am. *idem*] of the Act. However, the three members of the Human Rights Tribunal Panel in this case are not members of the Canadian Human Rights Tribunal and were not appointed pursuant to subsection 49(2), but rather pursuant to former subsection 49(1) now replaced. As I have already mentioned, the three members of the Human Rights Tribunal Panel hold their authority to complete their inquiry by reason of the transitional provision (subsection 33(3) of the amending Act). It is reasonable in the circumstances to infer that Parliament intended the new but more limited subsections 27(2) and (3) to continue to apply to inquiries in respect of a class of cases, such as this one, commenced before the amendment and continued thereafter, especially as the 1998 amendment was remedial and aimed at suppressing a possible violation of the requirements of natural justice. The combined effect of the amendment and the transitional provision was, on the one hand, to restrict the CHRC's power to issue binding guidelines to classes of cases and, on the other hand, to allow the guidelines already issued in respect of a class of cases to be binding on the three members of the Human Rights Tribunal Panel completing the inquiry in this case.

[42] This Court held in the case of *Canadian Telephone Employees Assn. v. Bell Canada*, [2001] F.C.J. No. 776 (C.A.) (QL), heard at the same time as this appeal by the same panel, that subsection 27(3) of the Act, as it now applies, does not compromise the

[41] L'appelant soutient que la disposition modifiée porte encore atteinte à l'indépendance et à l'impartialité du Comité du tribunal des droits de la personne chargé d'entendre la plainte déposée contre lui. L'appelant a tenu pour acquis, à juste titre d'après moi, que le paragraphe 27(3) a, sous sa forme actuelle, une portée réduite en raison de la modification du paragraphe 27(2) et s'applique à l'examen de la plainte déposée contre lui. Je tiens à dissiper les doutes qu'il pourrait y avoir à ce sujet parce que le paragraphe 27(3) actuel fait référence aux membres du Tribunal canadien des droits de la personne dont les membres sont nommés en vertu du paragraphe 49(2) [mod., *idem*] de la Loi. Cependant, les trois membres du Comité du tribunal des droits de la personne dont il s'agit en l'espèce ne sont pas membres du Tribunal canadien des droits de la personne et n'ont pas été nommés en vertu du paragraphe 49(2) mais plutôt aux termes de l'ancien paragraphe 49(1) maintenant remplacé. Comme je l'ai déjà mentionné, les trois membres du Comité du tribunal des droits de la personne possèdent le pouvoir de terminer leur enquête conformément à la disposition transitoire (le paragraphe 33(3) de la loi modificatrice). Il est raisonnable dans ces circonstances d'en déduire que le législateur avait l'intention que les nouveaux paragraphes 27(2) et (3) dont la portée a été restreinte continuent de s'appliquer aux enquêtes relatives à une catégorie de cas, comme celui qui nous occupe, qui ont été commencées avant la modification et poursuivies par la suite, d'autant plus que la modification de 1998 avait un objet réparateur et visait à éviter toute atteinte aux règles de la justice naturelle. L'effet combiné de la loi modificatrice et de la disposition transitoire a été, d'une part, de restreindre le pouvoir de la CCDP d'émettre des directives impératives à des catégories de cas donnés et, d'autre part, de faire en sorte que les directives déjà émises à l'égard d'une catégorie de cas donnés lient les trois membres du Comité du tribunal des droits de la personne qui achèvent l'enquête dont il s'agit ici.

[42] Notre Cour a jugé dans l'affaire *Assoc. Canadienne des employés de téléphone c. Bell Canada*, [2001] A.C.F. n° 776 (C.A.) (QL), entendue en même temps que le présent appel et par la même formation, que le paragraphe 27(3) de la Loi, tel qu'il s'applique

independence and impartiality of tribunal members hearing human rights complaints under the Act. The conclusion that we reached in that case is applicable in the present instance and is determinative of the appellant's contention.

Alternatively, assuming that subsection 27(3) of the Act compromises the independence and impartiality of the three members, is the appellant entitled to avail itself of the requirements of natural justice?

[43] It is trite law that administrative agencies and tribunals may be required under general law rules to comply with the principles of natural justice and that the purpose of these principles is to ensure the impartiality and independence of the decision maker: see the statement of Gonthier J. in 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at paragraph 39. It is also common ground that the exact contents of the rules of natural justice to be followed depend on all the circumstances and in particular on the language of the statute governing the tribunal: *ibidem*. The statutory language may, where its constitutional validity is not under attack, vary the normal application of the rules of natural justice: see *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, at page 309; *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767, at pages 783-784; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.), at pages 115-116; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at paragraph 47.

[44] If we assume that subsection 27(3) of the Act, which enacts the guidelines binding on the members of the panel hearing the complaint, is a clear expression of Parliament's intent to vary substantially the application of the rules of natural justice with respect to independence and impartiality, is the appellant, then, entitled to avail itself of the fair hearing requirements guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]?

aujourd'hui, ne compromet pas l'indépendance et l'impartialité des membres du tribunal qui entendent des plaintes relatives aux droits de la personne déposées sous le régime de la Loi. La conclusion à laquelle nous sommes arrivés dans cette affaire s'applique en l'espèce et est déterminante pour ce qui est de l'argument de l'appellant.

À titre subsidiaire, en tenant pour acquis que le paragraphe 27(3) de la Loi compromet l'indépendance et l'impartialité des trois membres, l'appellant peut-il invoquer les règles de la justice naturelle?

[43] Il est bien établi que les organismes administratifs sont parfois tenus, en vertu du droit commun, de se conformer aux principes de justice naturelle et que ces principes visent à assurer l'impartialité et l'indépendance du décideur: voir les commentaires du juge Gonthier dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, au paragraphe 39. Il est également établi que le contenu précis des règles de justice naturelle applicables dépend de l'ensemble des circonstances et notamment, des termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme agit: *ibidem*. Le texte de la disposition applicable peut avoir pour effet, lorsque sa constitutionnalité n'est pas contestée, de modifier l'application normale des règles de la justice naturelle: voir *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, à la page 309; *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767, aux pages 783 et 784; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), aux pages 115 et 116; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, au paragraphe 47.

[44] Si l'on tient pour acquis que le paragraphe 27(3) de la Loi, qui autorise l'adoption de lignes directrices liant les membres d'une formation chargée d'entendre une plainte, reflète bien l'intention du législateur de modifier sensiblement l'application des règles de la justice naturelle en matière d'indépendance et d'impartialité, l'appellant peut-il alors invoquer utilement les exigences relatives à une audition équitable garantie par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]?

[45] The appellant submits that paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, guarantees it the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

...

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations:

[46] Needless to say that counsel for the CHRC objects to this contention of the appellant. He avers that the appellant cannot invoke the protection of the *Canadian Bill of Rights* for two reasons: the appellant is not a person within the meaning of paragraph 2(e) and the protection offered by the *Canadian Bill of Rights* is a protection offered to individuals against the State. Here, according to the CHRC, the appellant is, contrary to the intended purpose of the *Canadian Bill of Rights*, attempting to use that legislation to protect itself against individuals as it is invoking the *Canadian Bill of Rights* as a defence in a discrimination complaint brought against it by individuals. Before addressing these submissions made by the CHRC, I should say a word about the contents of paragraph 2(e).

(a) The meaning of “fair hearing” in paragraph 2(e)

[47] As early as 1972, Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917 proposed, without limiting it, a general definition of the words “fair hearing” contained in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. At page 923, he described their contents as follows:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of “a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice”. Without attempting to formulate any final definition of those

[45] L’appelant soutient que l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, lui garantit le droit à une audition équitable conformément aux principes de la justice fondamentale:

2. Toute loi du Canada, à moins qu’une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu’elle s’appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s’interpréter et s’appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l’un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s’interpréter ni s’appliquer comme

[. . .]

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

[46] Inutile de dire que l’avocat de la CCDP s’oppose à cet argument de l’appelant. Il soutient que l’appelant ne peut invoquer la protection de la *Déclaration canadienne des droits* pour deux raisons: l’appelant n’est pas une personne au sens de l’alinéa 2e) et la protection qu’offre la *Déclaration canadienne des droits* vise uniquement à protéger les particuliers contre l’État. Ici, d’après la CCDP, l’appelant tente, contrairement à l’objectif recherché par la *Déclaration canadienne des droits*, d’utiliser cette loi pour se protéger contre des particuliers puisqu’il invoque la *Déclaration canadienne des droits* pour se défendre contre une plainte de discrimination déposée contre lui par des particuliers. Avant d’examiner les arguments présentés par la CCDP, je vais dire quelques mots au sujet du contenu de l’alinéa 2e).

a) le sens de l’«audition impartiale» de l’alinéa 2e)

[47] Dès 1972, le juge en chef Fauteux avait proposé, dans l’arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, une définition générale et non limitative de l’expression «audition équitable» qui figure à l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. À la page 923, il a décrit le contenu de cette expression de la façon suivante:

En vertu de l’art. 2e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s’interpréter ni s’appliquer de manière à le [l’appelant] priver d’une «audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale». Sans

words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

[48] In *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.), at page 663, Iacobucci C.J. (as he then was) underlined the evolutive character of the concept of fair hearing guaranteed in paragraph 2(e). He ruled that a “court, in interpreting the concept, should be mindful of its origin and evolution and of the specific context in which it is being raised”. In that case, the respondents argued in vain that section 36.3 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 as subsequently amended [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4], which protects from disclosure a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada, offended paragraph 2(e) by preventing them from stating their case adequately. Nothing in that decision, however, undermined or cast any shadow on the basic right to an independent and impartial tribunal contained in that paragraph.

[49] I am satisfied that the appellant is entitled to a determination of its rights and obligations by an independent and impartial tribunal if it can claim the protection of paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

(b) Whether the appellant is invoking the *Canadian Bill of Rights* to protect itself against individuals

[50] I do not think that it is a fair characterization of what the appellant is seeking to obtain to say that it tries to protect itself against individuals in invoking paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. The appellant, as defendant in a complaint laid against it, merely seeks an adjudication on the merits by an independent and impartial tribunal. It does not invoke the *Canadian Bill of Rights* as a defence on the merits of the complaint. It wants to ensure a fair adjudication on the merits which will enhance the credibility of the finding made in the end by the tribunal. It must not be forgotten that the appellant who is sued as and *qua*

entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l’ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu’il doit donner à l’accusé l’occasion d’exposer adéquatement sa cause.

[48] Dans *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.), à la page 663, le juge en chef Iacobucci (tel était alors son titre) a souligné le caractère évolutif de la notion d’audition équitable garantie par l’alinéa 2e). Il a jugé que «[l]orsqu’elle doit interpréter ce concept, la cour doit tenir compte de l’origine et de l’évolution de celui-ci et du contexte précis dans lequel il est soulevé». Dans cette affaire, les intimées avaient soutenu en vain que l’article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, subséquemment modifié [édité par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4], qui protège contre la divulgation les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, était incompatible avec l’alinéa 2e) parce que cet article les empêchait de présenter leur cause de façon adéquate. Cette décision ne remet toutefois aucunement en question le droit fondamental à un tribunal indépendant et impartial consacré par cet alinéa.

[49] Je suis convaincu que l’appellant a le droit de demander que ses droits et obligations soient déterminés par un tribunal indépendant et impartial s’il démontre qu’il bénéficie de la protection qu’accorde l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

b) l’appellant invoque-t-il la *Déclaration canadienne des droits* pour se protéger contre des particuliers?

[50] Je ne pense pas qu’il soit juste de dire que l’appellant invoque l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* pour essayer de se protéger contre des particuliers. L’appellant a fait l’objet d’une plainte et il demande simplement que cette plainte soit examinée au fond par un tribunal indépendant et impartial. Il n’invoque pas la *Déclaration canadienne des droits* à titre de moyen de défense pour ce qui est de l’examen au fond de la plainte. Il souhaite qu’un tribunal se prononce équitablement sur le fond de l’affaire pour que soit renforcée la crédibilité des conclusions auxquelles arrivera le tribunal. Il ne faut

employer also acts on behalf of all the individuals that it represents as employer. As the purpose of paragraph 2(e) is to afford a fair hearing to a litigant who pursues a determination of his rights and obligations, the appellant, on behalf of the numerous individuals that it is mandated to serve, seeks a fair determination of what is, in effect, their rights and their obligations. Indeed, the appellant would be remiss of its duty toward its constituents if it waived their rights to procedural fairness.

(c) Whether the appellant is a person within the meaning of paragraph 2(e) of the Canadian Bill of Rights

[51] The word “person” has been the subject of many judicial interpretations. In a decision, subsequently reversed by the Judicial Committee of the Privy Council, where it held that the word “person” in the words “qualified persons” under the *British North America Act, 1867* did not include women, Mignault J. wrote:

The word “persons” is obviously a word of uncertain import. Sometimes it includes corporations as well as natural persons; sometimes it is restricted to the latter; and sometimes again it comprises merely certain natural persons determined by sex or otherwise.

See *Reference re Meaning of the word “Persons” in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] S.C.R. 276, at page 303, reversed in *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.)

[52] This Court held in *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunication Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.), at page 428 that the word “person” in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* refers to corporations as well as to natural persons. It saw no reason in the context of that legislation to give the word a narrow and restrictive meaning. Thurlow C.J. wrote for a unanimous Court:

pas oublier que l'appelant est poursuivi à titre d'employeur et qu'il agit également pour le compte de toutes les personnes qu'il représente à titre d'employeur. Étant donné que l'alinéa 2e) a pour objet de garantir une audition impartiale au plaideur qui cherche à faire déterminer ses droits et ses obligations, l'appelant recherche, pour le compte de toutes les personnes qu'il a pour mission de servir, à faire déterminer de façon équitable ce qui représente en fait leurs droits et leurs obligations. En vérité, l'appelant négligerait les devoirs qu'il a envers ses administrés s'il renonçait à leurs droits à l'équité procédurale.

c) l'appelant est-il une personne au sens de l'alinéa 2e) de la Déclaration canadienne des droits?

[51] Le mot «personne» a fait l'objet de nombreuses interprétations judiciaires. Dans une décision, qui a été par la suite infirmée par le Comité judiciaire du Conseil privé, dans laquelle il avait jugé que le mot «personne» dans l'expression «personnes ayant les qualités requises» aux termes de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* ne visait par les femmes, le juge Mignault a écrit:

[TRADUCTION] Le mot «personnes» est bien évidemment un mot quelque peu imprécis. Il comprend parfois les personnes morales ainsi que les personnes physiques; parfois il se limite à ces dernières et parfois encore, il ne vise que certaines personnes physiques en fonction de leur sexe ou d'un autre élément.

Voir *Reference re Meaning of the word “Persons” in s. 24 of the B.N.A. Act, 1867*, [1928] R.C.S. 276, à la page 303, infirmé par *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.).

[52] Notre Cour a jugé dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.), à la page 428 que le mot «personne» utilisé à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* visait les personnes morales aussi bien que les personnes physiques. La Cour a considéré qu'il n'existait aucune raison d'accorder à ce mot un sens étroit et restrictif dans le contexte de cette loi. Le juge en chef Thurlow a écrit ce qui suit au nom de la Cour:

In this section the word “person” is used in contexts which suggest that it is concerned with natural persons but I see no compelling reasons why the word should not be interpreted as referring as well to corporations wherever the subject-matter of a provision in which it is found can have application to corporations. Paragraph 2(e) is, in my view, such a provision.

[53] At common law, Her Majesty the Queen in Right of Canada is for legal purposes a person. In *Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General (Quebec)*, [1977] 1 S.C.R. 41, at page 47, Pigeon J. for the Court stated:

Her Majesty is clearly a physical person, and I know of no principle on the basis of which the general rules of mandate, including those of apparent mandate, would not be applicable to her.

This decision was followed in *Attorney General of Quebec v. Labrecque et al.*, [1980] 2 S.C.R. 1057, at page 1082 where Beetz J., after stating that the state is not an abstract being and that the Crown personifies the state, reiterated the view that the “Crown is also the Sovereign, a physical person who, in addition to the prerogative, enjoys a general capacity to contract in accordance with the rule of ordinary law”. See also *R. v. British Columbia*, [1992] 4 W.W.R. 490 (B.C.S.C.); *Attorney General of Canada v. Newfield Seeds Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644 (Sask. C.A.), at pages 660-661.

[54] I agree with Professor Hogg that, in view of the limited application of paragraph 11(d) 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, Appendice II, No. 44]], the *Canadian Bill of Rights* can play an important suppletive role with respect to the determination of rights and obligations by a civil or an administrative tribunal: see P. Hogg, “A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights”, in Beaudoin, G. A. and Ratushny E., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., Toronto: Carswell, 1989, page 1. At page 14, he writes:

Dans cet article, le mot «personne» est utilisé dans des contextes qui laissent supposer qu’il vise des personnes physiques, mais il n’existe pas que je sache de raison impérieuse pour laquelle on ne devrait pas conclure que ce mot vise aussi des sociétés, chaque fois que l’objet de la disposition dans laquelle il se trouve peut s’appliquer à des sociétés. À mon avis, l’alinéa 2e) constitue une disposition de ce genre.

[53] Selon la common law, Sa Majesté la Reine du chef du Canada est sur le plan juridique une personne physique. Dans *Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général (Québec)*, [1977] 1 R.C.S. 41, à la page 47, le juge Pigeon, parlant au nom de la Cour, a déclaré:

Sa Majesté est évidemment une personne physique, et je cherche en vain le principe d’après lequel les règles générales du mandat, y compris celles du mandat apparent, ne lui seraient pas applicables.

Cette décision a été suivie dans *Procureur général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057, à la page 1082, dans laquelle le juge Beetz, après avoir déclaré que l’État n’était pas un être abstrait et que la Couronne personnifiait l’État, a réaffirmé le principe selon lequel «[l]a Couronne c’est également le Monarque, une personne physique qui, en plus de la prerogative, jouit d’une capacité générale de contracter selon les règles du droit commun.» Voir également *R. v. British Columbia*, [1992] 4 W.W.R. 490 (C.S. C.-B.); *Attorney General of Canada v. Newfield Seeds Ltd.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 644 (C.A. Sask.), aux pages 660 et 661.

[54] Je suis d’accord avec le professeur Hogg lorsqu’il affirme, compte tenu de la portée limitée de l’alinéa 11d) 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]], que la *Déclaration canadienne des droits* peut jouer un rôle supplétif important lorsqu’il s’agit de la détermination de droits et d’obligations par un tribunal administratif ou civil. Voir P. Hogg, «Comparaison entre la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits», dans G. A. Beaudoin et E. Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, page 1. Il écrit à la page 18:

A civil proceeding before a court or administrative tribunal is not subject to the requirement of a "fair hearing" or of the application of "fundamental justice". This is a gap in the Charter, and is therefore an area where the continued existence of the Bill is important: an adjudication authorized by federal law of a person's rights and obligations will continue to be subject to the requirement of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice".

Indeed, this Court in *Rajpaul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 157 (C.A.), at page 159 recognized that, pursuant to paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, the appeal launched by a sponsor in immigration matters had to be conducted in a way that accorded the sponsor natural justice.

[55] In view of the important suppletive role of the *Canadian Bill of Rights* and the significance for any litigant of a fair hearing in the determination of his rights as well as his obligations, I see no compelling reasons why the word "person" in paragraph 2(e) would not include Her Majesty the Queen or the Crown. I see no reason why they, and the citizens that they represent, would not be entitled to a fair hearing when they are a litigant in an administrative or a civil proceeding. It would make a mockery of justice if, as a matter of principle, they were not, especially when made a defendant in a proceeding, entitled to the fair hearing protection given by paragraph 2(e).

[56] I am comforted in this view by decisions of the Supreme Court of Canada and by the common law duty of procedural fairness. In *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at pages 653-654, Le Dain J. for the Court wrote:

This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual. . . .

The question, of course, is what the duty of procedural fairness may reasonably require of an authority in the way

Un procès civil devant un tribunal judiciaire ou administratif n'est pas soumis à l'exigence d'une «audition impartiale» ou au respect de la «justice fondamentale». Il s'agit d'une lacune de la Charte et donc d'un domaine où la Déclaration continuera à jouer un rôle important: toute instance qui, en vertu du droit fédéral, a le pouvoir de déterminer les droits et les obligations d'une personne continuera d'être soumise à l'exigence d'offrir «une audition impartiale . . . selon les principes de la justice fondamentale».

En fait, notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Rajpaul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 157 (C.A.), à la page 159 qu'en vertu de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, l'appel interjeté par un répondant dans une affaire d'immigration devait être entendu conformément aux règles de la justice naturelle.

[55] Compte tenu de l'important rôle supplétif que joue la *Déclaration canadienne des droits* et de l'importance pour un plaideur de voir ses droits et ses obligations déterminés au cours d'une audition impartiale, je ne vois aucune raison impérieuse pour laquelle le mot «personne» figurant à l'alinéa 2e) ne viserait pas Sa Majesté la Reine ou la Couronne. Je ne vois pas pourquoi ces personnes, et les citoyens qu'elles représentent, n'auraient pas droit à une audition équitable lorsqu'elles sont parties à une instance administrative ou civile. Ce serait parodier la justice que de ne pas leur reconnaître, sur le plan des principes, en particulier, lorsqu'elles sont défenderesses dans une instance, le droit à une audition équitable que leur garantit l'alinéa 2e).

[56] Un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada et l'obligation d'agir de façon équitable qu'impose la common law viennent conforter ce point de vue. Dans *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, aux pages 653 et 654, le juge Le Dain, parlant au nom de la Cour, a écrit ce qui suit:

Cette Cour a confirmé que, à titre de principe général de common law, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne [. . .]

Évidemment, il s'agit de déterminer ce que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure peut raisonnablement

of specific procedural rights in a particular legislative and administrative context and what should be considered to be a breach of fairness in particular circumstances. [My emphasis.]

At page 661, he went on to add:

The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing. [My emphasis.]

[57] This was re-asserted by Cory J., for a unanimous Court, in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at page 645:

Everyone appearing before administrative boards is entitled to be treated fairly. . . . Procedural fairness is an essential aspect of any hearing before a tribunal. [My emphasis.]

[58] Finally, in 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, previously cited, at paragraph 45, Gonthier J. once again stressed the importance, for a proper administration of justice, of ensuring that every litigant be afforded a fair hearing. He wrote:

Whether appearing before an administrative tribunal or a court of law, a litigant has a right to expect that an impartial adjudicator will deal with his or her claims.

The perception of impartiality remains essential to maintaining public confidence in the justice system. [My emphasis.]

[59] It would be rather strange for Parliament, in granting the right to a fair hearing in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, to have systematically excluded from the scope of application of that paragraph Her Majesty the Queen, the Crown or the Government who, acting in the public interest, are frequent litigants in administrative or civil proceedings. It would mean that an opponent to the Crown or the Government would be entitled to both an unbiased and a biased tribunal. This cannot have been Parliament's intent. Without hesitation, I have come to the

exiger des autorités en tant que droits précis en matière de procédure dans un contexte législatif et administratif donné et ce qui devrait être considéré comme une violation de l'équité dans des circonstances particulières. [Mes soulignés.]

Il a ajouté à la page 661:

Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition. [Mes soulignés.]

[57] Ces principes ont été réaffirmés par le juge Cory, parlant au nom de la Cour, dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la page 645:

Quiconque comparait devant une commission administrative a droit à un autrement équitable [. . .] L'équité procédurale est un élément essentiel de toute audience tenue devant un tribunal. [Mes soulignés.]

[58] Enfin, dans 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régis des permis d'alcool)*, déjà cité, au paragraphe 45, le juge Gonthier souligne une fois de plus l'importance, dans l'intérêt de la justice, d'accorder à chaque plaideur une audition équitable. Il écrit:

Qu'un justiciable se présente devant un tribunal administratif ou une cour de justice, il peut en effet légitimement s'attendre à ce qu'un arbitre impartial dispose de ses prétentions.

La perception d'impartialité reste essentielle au maintien de la confiance du public dans le système de justice. [Mes soulignés.]

[59] Il serait plutôt étrange que, lorsque le législateur a accordé le droit à une audition impartiale en vertu de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, il ait voulu exclure systématiquement de la portée de cette disposition Sa Majesté la Reine, la Couronne ou le gouvernement qui sont fréquemment parties, dans l'intérêt public, à des instances administratives ou civiles. Cela voudrait dire que l'adversaire de la Couronne ou du gouvernement aurait droit à un tribunal impartial et à un tribunal partial. Il n'est pas possible que le législateur ait eu cette intention. J'en

conclusion that the appellant is entitled to a fair hearing under paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Having so concluded, and assuming as I did for the sake of argument that subsection 27(3) of the Act compromises the independence and impartiality of the members of the panel hearing the complaint, what, then, would be the appropriate sanction or remedy?

The sanction or remedy under the *Canadian Bill of Rights*

[60] It is well established that, in case of incompatibility between a federal legislative provision and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, a declaration of inoperability of that provision is the appropriate sanction or remedy: see *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 238-239; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.); *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.), at pages 116-119. In addition, as stated by Heald J.A. in the *McBain* case, at page 882, quoting Ritchie J. in *Drybones*, *supra*: “another characteristic of the relief to be granted under the Bill is that there must be a degree of particularity introduced into a finding that statutory provisions are inoperative”. This means that a finding of inoperability is restricted to the case at bar and its particular fact circumstances.

[61] If the appellant’s contention that subsection 27(3) of the Act violates paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* were successful, I would declare that subsection to be inoperative in the present instance. As a result, the proceedings relating to the complaint against the appellant could be resumed, but the guidelines would not be binding upon the three members of the panel hearing the complaint in this case.

Proposed Conclusion

[62] For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Motions

suis arrivé sans hésitation à la conclusion que l’appellant a le droit à une audition équitable aux termes de l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Compte tenu de cette conclusion et en tenant pour acquis, aux fins de l’argument, que le paragraphe 27(3) de la Loi compromet l’indépendance et l’impartialité des membres de la formation chargée d’entendre la plainte, quelle est alors la sanction ou la réparation appropriée?

La sanction ou la réparation découlant de la *Déclaration canadienne des droits*

[60] Il est bien établi que, lorsqu’il y a incompatibilité entre une disposition législative fédérale et l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, un jugement déclarant inopérante la disposition en cause constitue la sanction ou la réparation appropriée: voir *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 178, aux pages 238 et 239; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.); *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), aux pages 116 à 119. En outre, comme l’a déclaré le juge Heald dans l’arrêt *McBain*, à la page 882, citant le juge Ritchie dans *Drybones*, précité: «une autre caractéristique du redressement accordé en vertu de la *Déclaration* est qu’il faut particulariser, dans une certaine mesure, une conclusion décrétant que des dispositions législatives sont inopérantes». Cela veut dire que le jugement déclarant ces dispositions inopérantes n’a d’effet que pour l’espèce dont il s’agit et pour ses circonstances particulières.

[61] Si l’argument de l’appellant selon lequel le paragraphe 27(3) de la Loi viole l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* devait être retenu, je serais d’avis de déclarer que ce paragraphe est inopérant en l’espèce. Par conséquent, l’instance relative à la plainte déposée contre l’appellant pourrait reprendre mais les directives ne lieraient pas les trois membres du comité chargé d’entendre cette plainte.

Dispositif proposé

[62] Pour ces motifs, j’accueille l’appel avec dépens, j’annule la décision du juge des requêtes, je déclare

Judge, declare that the appellant had standing to bring judicial review proceedings to argue that provisions of the *Canadian Human Rights Act* or a statutory instrument issued thereunder create a scheme which is contrary to the requirements of natural justice and dismiss the CHRC's motion with costs. I would, however, in file T-2411-98, dismiss with costs payable to PSAC the appellant's judicial review application.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[63] ROTHSTEIN J.A. (concurring Reasons): I am in agreement with paragraphs 1 to 42 and the conclusion of Létourneau J.A. However, I feel compelled to write these concurring reasons with respect to paragraphs 43 to 59 of his reasons. In these paragraphs, Létourneau J.A. assumes that the Panel's impartiality and independence is compromised for the purposes of answering the questions:

1. Whether the Government of the Northwest Territories can avail itself of natural justice arguments;
2. The meaning of a fair hearing in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*;
3. Whether the Government of the Northwest Territories is invoking the *Canadian Bill of Rights* to protect itself against individuals; and
4. Whether the Government of the Northwest Territories is a person within the meaning of paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

[64] In my respectful opinion, in view of his prior conclusion that there is no compromise to the independence and impartiality of the Human Rights Panel, it is not necessary to address these issues. Further, the issue of whether the Government of the Northwest Territories is a person was only obliquely referred to in the factum of the Canadian Human Rights Commission, was only briefly argued before us, and no

que l'appelant avait qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire et prétendre que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou de l'un de ses règlements d'application créent un régime non conforme aux exigences de la justice naturelle et je rejette avec dépens la requête de la CCDP. Dans le dossier T-2411-98, je rejette la demande de contrôle judiciaire de l'appelant et j'accorde les dépens à l'AFPC.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis d'accord.

* * *

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

[63] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A. (motifs concordants): Je souscris aux paragraphes 1 à 42 et au dispositif du jugement prononcé par le juge Létourneau, J.C.A. Je me sens toutefois obligé de rédiger des motifs concordants à l'égard des paragraphes 43 à 59 de ses motifs. Dans ces paragraphes, le juge Létourneau tient pour acquis que l'impartialité et l'indépendance du comité sont compromises lorsqu'il répond aux questions suivantes:

1. Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest peut-il avancer des arguments fondés sur la justice naturelle?
2. Le sens d'audition équitable garantie par l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.
3. Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest peut-il invoquer la *Déclaration canadienne des droits* pour se protéger contre des particuliers?
4. Le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest est-il une personne au sens de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*?

[64] Compte tenu de la conclusion à laquelle le juge Létourneau est arrivé antérieurement selon laquelle l'indépendance et l'impartialité du Comité du tribunal des droits de la personne ne sont pas compromises, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ces questions. En outre, la question de savoir si le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest est une personne n'a été mentionnée que de façon incidente dans

yauthorities were cited by any party on the issue. The question of whether the Government of the Northwest Territories, or more broadly, the Crown, is a person has wide implications that could go far beyond this case. For these reasons, I would prefer not to express an opinion on these issues.

[65] I therefore respectfully find it unnecessary to concur with paragraphs 43 to 59.

le mémoire de la Commission canadienne des droits de la personne, elle a été très brièvement débattue devant nous et aucune jurisprudence n'a été citée par les parties sur ce point. La question de savoir si le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, ou d'une façon plus large, la Couronne, est une personne a des répercussions très vastes qui dépassent le cadre de la présente espèce. Pour ces motifs, je préfère m'abstenir de formuler une opinion sur ces questions.

[65] Par conséquent, je crois inutile de souscrire aux paragraphes 43 à 59.

Attorney General of Ontario *Appellant**v.***G** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Canadian Civil Liberties Association,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Empowerment Council and
Canadian Mental Health Association, Ontario**
Intervenors

INDEXED AS: ONTARIO (ATTORNEY GENERAL)**v. G****2020 SCC 38**

File No.: 38585.

2020: February 20; 2020: November 20.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on mental or physical disability — Ontario's sex offender registry regime requiring that individuals either convicted or found not criminally responsible on account of mental disorder ("NCRMD") of sexual offences have their personal information added to registry and report to police station at least once a year to keep information up to date — Opportunities for exemption from requirements available to individuals found guilty of sexual offences but not to those found NCRMD who have been granted absolute discharge — Whether provincial sex offender registry regime infringes right to equality of such NCRMD individuals — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1.

**Please see in particular paras. 75,
112 and 156**

*c.***G** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Association canadienne des libertés civiles,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Empowerment Council et
Association canadienne pour la santé mentale,
Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ONTARIO (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. G**2020 CSC 38**

N° du greffe : 38585.

2020 : 20 février; 2020 : 20 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur une déficience mentale ou physique — Régime d'enregistrement des délinquants sexuels de l'Ontario exigeant que soient consignés au registre les renseignements personnels des personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles et que ces personnes se présentent au poste de police au moins une fois par année pour mettre leurs renseignements à jour — Possibilités d'être dispensé des exigences offertes aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, mais non aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont bénéficié d'une libération inconditionnelle — Le régime provincial d'enregistrement des délinquants sexuels porte-t-il atteinte au droit à l'égalité de ces personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, c. 1.

Constitutional law — Remedy — Declaration of invalidity — Suspension of declaration of invalidity — Individual exemption from suspension — Applicant seeking declaration that Ontario’s sex offender registry regime infringes right to equality of NCRMD individuals who have been granted absolute discharge — Court of Appeal granting declaration of invalidity, suspending declaration for 12 months and exempting applicant from suspension — Proper approach to determining remedy for unconstitutional legislation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

In Ontario, *Christopher’s Law* requires those who are either convicted or found not criminally responsible on account of mental disorder (“NCRMD”) of a sexual offence to physically report to a police station to have their personal information added to the province’s sex offender registry. Registrants must continue to report in person at least once a year and every time certain information changes. Registrants must comply for 10 years if the maximum sentence for the sexual offence they committed is 10 years or less, or for life, if the maximum sentence is greater than 10 years or if they committed more than one sexual offence. There is some opportunity, based on an individualized assessment, for those found guilty of sexual offences to be removed or exempted from the registry or relieved of their reporting obligations. By contrast, no one found NCRMD of sexual offences can ever be removed from the registry or exempted from reporting, even if they have received an absolute discharge from a review board.

In June 2002, G was found NCRMD of two sexual offences. In August 2003, he was absolutely discharged by the Ontario Review Board on the basis that he no longer represented a significant risk to the safety of the public. Despite this discharge, G was placed on the provincial sex offender registry in August 2004, as required by *Christopher’s Law*. G brought an application challenging *Christopher’s Law* as it applies to persons found NCRMD in respect of sexual offences who have been absolutely discharged. He argued that the inability of people in his

Droit constitutionnel — Réparation — Déclaration d’invalidité — Suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité — Exemption individuelle de la suspension — Demandeur sollicitant un jugement déclaratoire selon lequel le régime d’enregistrement des délinquants sexuels de l’Ontario porte atteinte au droit à l’égalité des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont bénéficié d’une libération inconditionnelle — Déclaration d’invalidité prononcée par la Cour d’appel, qui en a suspendu l’effet pour 12 mois et exempté le demandeur de la suspension — Démarche à adopter pour fixer la réparation en présence d’une loi inconstitutionnelle — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

En Ontario, la *Loi Christopher* exige des personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qu’elles se présentent en personne à un poste de police pour fournir leurs renseignements personnels afin que ceux-ci soient consignés au registre des délinquants sexuels de la province. Les délinquants sont tenus de se présenter en personne devant les autorités au moins une fois par année et chaque fois que certains de leurs renseignements changent. Les délinquants sont tenus de se conformer à ces obligations pendant une période de 10 ans si la peine maximale prévue pour l’infraction sexuelle qu’ils ont commise ne dépasse pas 10 ans, ou pendant le reste de leur vie si la peine maximale prévue dépasse 10 ans ou s’ils ont commis plus d’une infraction sexuelle. Il existe certaines possibilités pour les personnes déclarées coupables d’infractions sexuelles, après une évaluation individuelle, d’être retirées du registre, d’en être exemptées ou d’être dispensées de leur obligation de se présenter devant les autorités. À l’inverse, aucune personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’infractions sexuelles ne peut, à quelque moment que ce soit, être retirée du registre ou dispensée de l’obligation de se présenter devant les autorités, et ce, même si elles ont obtenu une libération inconditionnelle d’une commission d’examen.

En juin 2002, G a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard de deux infractions sexuelles. En août 2003, la Commission ontarienne d’examen l’a libéré inconditionnellement au motif qu’il ne représentait plus un risque important pour la sécurité du public. Malgré cette libération, G a été inscrit au registre provincial des délinquants sexuels en août 2004, comme l’exige la *Loi Christopher*. G a introduit une requête afin de contester l’applicabilité de la *Loi Christopher* aux personnes déclarées non responsables criminellement

situation to be granted an exemption or be removed from the provincial registry or relieved of reporting requirements, as compared to those found guilty of the same offences, violates ss. 7 and 15(1) of the *Charter*.

The application judge dismissed G's application, but the Court of Appeal allowed G's appeal on the basis of his s. 15(1) claim, and concluded that the s. 15(1) breach was not justified under s. 1 of the *Charter*. It declared *Christopher's Law* to be of no force or effect as it applies to those found NCRMD who were granted an absolute discharge, suspended the declaration of invalidity for 12 months, and exempted G from that suspension by relieving him of further compliance with the legislation and ordering that his information be deleted from the registry immediately. The Attorney General of Ontario appealed to the Court.

Held (Côté and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: *Christopher's Law* draws discriminatory distinctions between people found guilty and people found NCRMD of sexual offences on the basis of mental disability, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. These discriminatory distinctions cannot be justified in a free and democratic society. The remedy granted by the Court of Appeal was appropriate, and its orders should be upheld.

The first step in determining whether a law infringes s. 15(1) of the *Charter* asks whether the law, on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds. In the present case, there are clear distinctions drawn based on the enumerated ground of mental disability. Offenders found guilty of sexual offences can be exempted from having to report and register in the first place by receiving a discharge in their sentencing hearing. Convicted registrants can also be removed from the sex offender registry by receiving a free pardon, and can be relieved of the obligation to continue to report upon receipt of a free pardon or record suspension. However, those found NCRMD of the same offences have no such opportunities, even if they have received an absolute discharge.

pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles qui ont obtenu une libération inconditionnelle. Il a soutenu que l'impossibilité pour les personnes dans sa situation d'obtenir une exemption, d'être retirées du registre provincial ou d'être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités, contrairement aux personnes reconnues coupables des mêmes infractions, viole l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge de première instance a rejeté la requête de G, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel de G en s'appuyant sur sa demande concernant le par. 15(1), et a conclu que la violation du par. 15(1) n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle a déclaré que la *Loi Christopher* est inopérante à l'égard des personnes jugées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle, suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pendant une période de 12 mois, et exempté G de cette suspension en le dispensant de l'obligation de continuer de se conformer à la *Loi* et en ordonnant que ses renseignements soient supprimés du registre sur-le-champ. Le procureur général de l'Ontario s'est pourvu en appel devant la Cour.

Arrêt (les juges Côté et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer : La *Loi Christopher* crée des distinctions discriminatoires entre les personnes déclarées coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles sur le fondement de leur déficience mentale, ce qui va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. Ces distinctions discriminatoires ne peuvent se justifier dans une société libre et démocratique. La réparation octroyée par la Cour d'appel était appropriée, et il y a lieu de confirmer ses ordonnances.

La première étape à suivre pour décider si une loi enfreint le par. 15(1) de la *Charte* consiste à se demander si la loi crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. En l'espèce, des distinctions claires ont été faites sur le fondement du motif énuméré qu'est la déficience mentale. Les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles peuvent être dispensées au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités afin de s'inscrire au registre si elles obtiennent une absolution lors de leur audience de détermination de la peine. Les personnes déclarées coupables peuvent aussi être retirées du registre des délinquants sexuels si elles obtiennent un pardon absolu, et elles peuvent être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter

NCRMD individuals are plainly subjected to different treatment.

The second step asks whether the challenged law imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage, including historical disadvantage. By denying those found NCRMD opportunities for exemption, removal, or relief from the sex offender registry, *Christopher's Law* effectively presumes that they are inherently and permanently dangerous. It considers NCRMD individuals a perpetual threat to the public. *Christopher's Law* imposes a burden on people found NCRMD in a manner that violates s. 15(1) in two respects: the law itself invokes prejudicial and stereotypical views about persons with mental illnesses; and the law puts those found NCRMD in a worse position than those found guilty. Both effects perpetuate the historical and enduring disadvantage experienced by persons with mental illnesses. The distinctions drawn by *Christopher's Law* are thus discriminatory.

The burden of establishing that the infringement of s. 15(1) is justified under s. 1 of the *Charter* belongs to the Attorney General, on a balance of probabilities. First, there must be a pressing and substantial objective for the infringing measure. Second, the infringing measure must not disproportionately interfere with the s. 15(1) right; it must be rationally connected to the objective, the means chosen must interfere as little as possible with the s. 15(1) right, and the benefits of the infringing measure must outweigh its negative effects. In the present case, the parties agree that the purpose of *Christopher's Law* is to assist in the investigation and prevention of sexual offences, that this purpose is pressing and substantial, and that the limits it places on *Charter* rights are rationally

devant les autorités si elles obtiennent un pardon absolu ou une suspension de leur casier judiciaire. Cependant, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard des mêmes infractions ne bénéficient pas de telles occasions même si elles ont bénéficié d'une libération inconditionnelle. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux font clairement l'objet d'une différence de traitement.

La deuxième étape consiste à se demander si la loi contestée impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage, y compris le désavantage historique subi. En refusant aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité d'être dispensées de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels, d'être retirées du registre ou d'être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités, la *Loi Christopher* présume effectivement qu'elles sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger. Elle indique que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont considérées comme une menace perpétuelle pour le public. La *Loi Christopher* impose un fardeau aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'une manière qui viole le par. 15(1) de deux façons : d'une part, la loi elle-même applique des préjugés et des stéréotypes envers les personnes souffrant de troubles mentaux; d'autre part, la loi place les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux dans une situation pire que celle des personnes déclarées coupables. Ces deux effets perpétuent le désavantage historique que continuent de subir les personnes souffrant de troubles mentaux. Les distinctions créées par la *Loi Christopher* sont par conséquent discriminatoires.

Le fardeau d'établir que la contravention au par. 15(1) est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* incombe au procureur général, selon la prépondérance des probabilités. Premièrement, l'objectif que vise la mesure attentatoire doit être urgent et réel. Deuxièmement, la mesure attentatoire ne doit pas porter atteinte de manière disproportionnée au droit que garantit le par. 15(1); elle doit avoir un lien rationnel avec l'objectif, les moyens choisis doivent porter le moins possible atteinte au droit que garantit le par. 15(1), et les avantages de la mesure attentatoire doivent l'emporter sur ses effets préjudiciables. Dans la présente affaire, les parties conviennent que l'objectif de la *Loi Christopher* est de faciliter les enquêtes sur des infractions sexuelles et la prévention de

connected to that purpose. However, *Christopher's Law* is not minimally impairing of the s. 15(1) rights of NCRMD individuals. The inclusion of any method of exempting and removing those found NCRMD from the registry based on individualized assessment would be less impairing. Thus, the Attorney General has not justified the s. 15(1) infringement.

The determination of appropriate remedies for legislation that violates the *Charter* must follow a principled approach. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides in absolute terms that laws inconsistent with the Constitution are of no force or effect to the extent of the inconsistency. A general declaration is the means by which courts give full effect to the broad terms of s. 52(1). A court faced with a constitutional challenge to a law must determine to what extent it is unconstitutional and declare it to be so. A measure of discretion is inevitable in determining how to respond to an inconsistency between legislation and the Constitution. While s. 52(1) recognizes the primacy of the Constitution, including the fundamental rights and freedoms of individuals and groups guaranteed by the *Charter*, fashioning constitutional remedies inevitably implicates other — at times competing — constitutional principles. Courts must strike an appropriate balance between these principles in determining how to give effect to s. 52(1) in a manner that best aligns with Canada's constitutional order.

The Court's leading decision on remedies for laws that violate the *Charter*, *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, provides helpful guidance on how to craft a responsive and effective remedy for unconstitutional laws. *Schachter* set out a general approach to granting remedies. It endorsed remedies tailored to the breadth of rights violations, thereby allowing constitutionally compliant aspects of unconstitutional legislation to be preserved, and recognized that, in rare circumstances, the effect of a declaration of invalidity could be suspended for a period of time to protect the public interest. *Schachter* also considered how s. 52(1) remedies can be combined with individual remedies for *Charter* violations, including whether the

ces infractions, que cet objectif est urgent et réel, et que les limites que la *Loi* impose aux droits garantis par la *Charte* sont rationnellement liées à cet objectif. Cependant, la *Loi Christopher* ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits garantis par le par. 15(1) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. L'inclusion de toute méthode permettant aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'être dispensées des obligations qui leur incombent et d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle serait moins attentatoire. Par conséquent, le procureur général n'a pas justifié la violation du par. 15(1).

Il faut utiliser une méthode fondée sur des principes pour déterminer les réparations qu'il convient d'accorder lorsque des textes législatifs violent la *Charte*. Selon les termes absolus édictés au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Une déclaration générale est le moyen par lequel les tribunaux donnent aux termes généraux du par. 52(1) leur plein effet. Le tribunal qui est appelé à statuer sur la contestation constitutionnelle d'une loi doit déterminer dans quelle mesure la loi contestée est inconstitutionnelle et la déclarer telle. Un degré de discrétion est inévitable pour décider comment répondre à l'incompatibilité entre des dispositions législatives et la Constitution. Même si le par. 52(1) reconnaît la primauté de la Constitution, de même que les droits et libertés fondamentaux des individus et des groupes qui sont garantis par la *Charte*, l'élaboration de mesures de réparation constitutionnelles commande inévitablement l'application d'autres principes constitutionnels qui sont parfois contradictoires. Les tribunaux doivent établir un juste équilibre entre ces principes lorsqu'ils sont appelés à déterminer comment donner effet au par. 52(1) d'une manière qui concorde le mieux avec l'ordre constitutionnel du Canada.

L'arrêt de principe de la Cour sur les réparations à accorder lorsque des lois violent la *Charte*, l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, inspire l'approche que suivent les tribunaux pour concevoir une réparation adaptée et efficace lorsque des textes législatifs sont inconstitutionnels. Dans l'arrêt *Schachter*, la Cour a énoncé une façon générale d'accorder des réparations. Elle a approuvé l'octroi de réparations qui sont adaptées à la portée des violations des droits, ce qui permet de conserver les dispositions conformes sur le plan constitutionnel de lois inconstitutionnelles, et a reconnu qu'en de rares circonstances, l'effet d'une déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour protéger

claimant should receive an individual exemption from a suspension, thereby ensuring that successful claimants can enjoy the immediate benefit of a declaration of invalidity.

By employing and building on *Schachter*'s guidance in determining the form and breadth of declarations of invalidity, suspending the effect of those declarations, and exempting individuals from suspensions, the Court's jurisprudence has coalesced around a group of core remedial principles that structure the exercise of principled remedial discretion and provide the groundwork for meaningful remedies in different contexts. First, safeguarding rights lies at the core of granting *Charter* remedies because the *Charter* exists to protect rights, freedoms, and inherent dignity. Second, the public has an interest in legislation that is constitutionally compliant. Third, the public is entitled to the benefit of legislation, which individuals rely upon to organize their lives and protect them from harm. Fourth, courts and legislatures play different institutional roles: the legislature is sovereign in the sense that it has exclusive authority to enact, amend, and repeal any law as it sees fit, while courts remain guardians of the Constitution and of individuals' rights under it. These principles provide guidance to courts and encourage them to transparently explain remedial results.

As the language of s. 52(1) directs, the first step in crafting an appropriate remedy is determining the extent of the legislation's inconsistency with the Constitution. The nature and extent of the *Charter* violation lays the foundation for the remedial analysis because the breadth of the remedy ultimately granted will reflect at least the extent of the breach. The second step is determining the form that a declaration should take. Remedies other than full declarations of invalidity should be granted when the nature of the violation and the intention of the legislature allows for them. However, if granted in the wrong circumstances, tailored remedies can intrude on the legislative sphere. To respect the differing roles of courts and legislatures, determining whether to strike down legislation in its entirety or to grant a tailored remedy of reading in, reading down, or severance, depends on whether the legislature's

l'intérêt public. Dans *Schachter*, la Cour s'est également demandé s'il y a lieu d'accorder des réparations prévues par le par. 52(1) en même temps qu'une mesure de réparation individuelle pour des violations de la *Charte*, et elle s'est notamment posé la question de savoir si le demandeur devrait être dispensé individuellement d'une suspension, ce qui permet aux demandeurs ayant eu gain de cause de jouir de l'avantage que procure immédiatement une déclaration d'invalidité.

En s'inspirant de l'arrêt *Schachter* et en l'employant pour définir le type et la portée des déclarations d'invalidité, ainsi que pour suspendre l'effet de ces déclarations et exempter des personnes de ces suspensions, la jurisprudence de la Cour a intégré un groupe de principes fondamentaux en matière de réparation qui structurent l'exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation fondé sur des principes et jettent les bases de l'octroi de réparations utiles dans différents contextes. Premièrement, la protection des droits est un aspect fondamental de l'octroi de réparations sous le régime de la *Charte*, car la *Charte* vise à protéger les droits, les libertés et la dignité inhérente des personnes. Deuxièmement, il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution. Troisièmement, le public a droit au bénéfice de la loi, sur laquelle les individus s'appuient pour organiser leur vie et se protéger. Quatrièmement, les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents : la législature est souveraine en ce sens qu'elle jouit du pouvoir exclusif d'adopter, de modifier et d'abroger des lois comme elle l'entend, tandis que les tribunaux demeurent les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers. Ces principes guident les tribunaux et les encouragent à expliquer de façon transparente leurs décisions au chapitre des réparations.

Comme le prescrit le libellé du par. 52(1), la première étape de l'élaboration de la réparation qu'il convient d'accorder consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité de la loi et de la Constitution. L'analyse de la réparation qu'il convient d'accorder est fondée sur la nature et l'étendue de la violation de la *Charte*, car la portée de la réparation qui est finalement accordée dépend notamment de l'étendue de la violation. Le choix du type de déclaration constitue la deuxième étape. Des réparations autres que des déclarations d'invalidité intégrales devraient être accordées lorsque la nature de la violation et l'intention du législateur le justifient. Cependant, si les circonstances ne se prêtent pas à l'octroi de réparations adaptées, il se peut que les réparations empiètent sur la sphère législative. Pour respecter les rôles différents des tribunaux et des législateurs, le choix d'annuler une loi dans sa totalité ou

intention was such that it would have enacted the law as modified by the court.

When an immediately effective declaration of invalidity would endanger an interest of such great importance that, on balance, the benefits of delaying the effect of that declaration outweigh the cost of preserving an unconstitutional law, the court may suspend the effect of the declaration. The power to suspend the effect of a declaration of invalidity arises from accommodation of broader constitutional considerations and is included in the power to declare legislation invalid. Suspensions of declarations of invalidity should be rare; the effect of a declaration should not be suspended unless the government demonstrates that an immediately effective declaration would endanger a compelling public interest that outweighs the importance of immediate constitutional compliance and an immediately effective remedy for those whose *Charter* rights will be violated. The period of suspension, where warranted, should be long enough to give the legislature the amount of time it requires to carry out its responsibility diligently and effectively, while recognizing that every additional day of rights violations will be a strong counterweight against giving the legislature more time.

When the effect of a declaration of invalidity is suspended, an individual remedy for the claimant under s. 24(1) of the *Charter* in the form of an individual exemption from the suspension will often be appropriate and just. A s. 24(1) remedy should meaningfully vindicate the right of the claimant, conform to the separation of powers, invoke the powers and function of a court, be fair to the party against whom the remedy is ordered, and allow s. 24(1) to evolve to meet the challenges of each case. A court's approach to s. 24(1) remedies must stay flexible and responsive to the needs of a given case. The public is well served by encouraging litigation that furthers the public interest by uncovering unconstitutional laws, and claimants invest time and resources to pursue matters in the public interest. Thus, if an exemption is otherwise appropriate and just, claimants should be exempted from suspensions in the absence of compelling reasons not to.

d'accorder une réparation adaptée en donnant à cette loi une interprétation large, une interprétation atténuée ou en retranchant une de ses dispositions dépend de la réponse à la question de savoir si l'intention du législateur était telle qu'il aurait adopté la loi telle que l'a modifiée la cour.

Lorsqu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat est susceptible de porter atteinte à un intérêt qui revêt une importance si grande que, tout bien considéré, les avantages qu'il y a à suspendre l'effet de cette déclaration l'emportent sur les inconvénients du maintien d'une loi inconstitutionnelle, le tribunal peut suspendre l'effet de la déclaration. Le pouvoir de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité découle de la prise en compte de considérations constitutionnelles générales, et ce pouvoir est compris dans celui de déclarer une loi invalide. L'effet de déclarations d'invalidité devrait être suspendu en de rares cas; l'effet d'une déclaration ne devrait pas être suspendu à moins que le gouvernement ne démontre qu'une déclaration avec effet immédiat menacerait un intérêt public impérieux qui l'emporte sur l'importance de se conformer immédiatement à la Constitution et sur une réparation qui s'appliquerait immédiatement aux personnes dont les droits garantis par la *Charte* seront violés. Lorsqu'une telle mesure est justifiée, la période de suspension devrait être suffisamment longue pour donner au législateur le temps dont il a besoin pour s'acquitter avec diligence et efficacité de l'obligation qui lui incombe, tout en reconnaissant que chaque jour additionnel pendant lequel les droits sont violés constitue un contrepois important à l'octroi de temps supplémentaire au législateur.

Lorsque l'effet d'une déclaration d'invalidité est suspendu, il sera souvent convenable et juste d'accorder une réparation individuelle au demandeur en vertu du par. 24(1) de la *Charte* sous forme d'exemption individuelle de la suspension. Une réparation fondée sur le par. 24(1) devrait permettre de défendre utilement le droit du demandeur, respecter la séparation des pouvoirs, mettre à contribution le rôle et les pouvoirs d'un tribunal, être équitable pour la partie visée par la réparation et permettre au par. 24(1) d'évoluer de manière à relever les défis de chaque cas. La manière dont le tribunal aborde les réparations accordées sur le fondement du par. 24(1) doit rester souple et prendre en considération les besoins en cause. On sert bien le public en encourageant le recours aux tribunaux qui favorise l'intérêt public en mettant au jour l'inconstitutionnalité d'une loi, et les demandeurs consacrent du temps et des ressources pour intenter des actions dans l'intérêt public. Par conséquent, si, à tous autres égards, une exemption constitue une réparation convenable et juste, les demandeurs devraient être exemptés des suspensions s'il n'existe aucun motif impérieux de ne pas leur accorder une telle réparation.

In the present case, the declaration of invalidity was properly limited to those who have been found NCRMD of a sexual offence and absolutely discharged. A tailored remedy was clearly appropriate here, since granting such a remedy better protects the public's interest in legislation enacted for its benefit, like *Christopher's Law*, and better respects the role of the legislature while also safeguarding *Charter* rights and realizing the public's interest in constitutionally compliant legislation.

The declaration of invalidity was also properly suspended for a 12-month period. Although the terms of s. 52(1) and the need to safeguard *Charter* rights and ensure constitutional compliance of all legislation weigh heavily in favour of an immediately effective declaration, those factors must be balanced against protecting the public's interest in legislation passed for its benefit. To do so requires considering the nature and extent of both the continued rights violations and the danger to an identified public interest that could flow from an immediate declaration of invalidity.

In the instant case, public safety has been identified as the public interest that justifies a suspension. NCRMD persons are at a statistically higher risk of offending than the general population. Granting an immediate declaration would therefore endanger the public interest in safety to some extent. The registry contributes to public safety by enhancing the ability of police to prevent and investigate sexual offences. Immediately relieving people who may pose some risk of committing sexual offences from the obligation to report or permitting them to seek removal of their information could detract from this enhanced ability. The threat to public safety is therefore meaningful. However, given that persons found NCRMD who pose the highest demonstrable risk to reoffend are not given absolute discharges, this threat is limited. The other public interest at stake is respect for the legislature: granting an immediate declaration of invalidity could risk compromising the legislature's ability to fulfil its role and restrict the effectiveness of whatever new version of *Christopher's Law* is eventually enacted. Balanced against these considerations is the significance of the rights violation that the suspension would temporarily prolong: *Christopher's Law* treats those found NCRMD in accordance with a persistent, demeaning stereotype without providing an opportunity to determine whether they pose sufficient risk. On balance, the combination of these two interests justifies

Dans la présente affaire, la déclaration d'invalidité a, à juste titre, été limitée aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle. Il convenait manifestement d'accorder une réparation adaptée en l'espèce, car l'octroi d'une telle réparation permet de mieux protéger l'intérêt qu'a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice, comme la *Loi Christopher*, et de mieux respecter le rôle du législateur tout en protégeant aussi les droits garantis par la *Charte* et en défendant l'intérêt du public à ce que les lois soient conformes à la Constitution.

La déclaration d'invalidité a également été suspendue à juste titre pendant une période de 12 mois. Bien que le libellé du par. 52(1) et la nécessité de protéger les droits garantis par la *Charte* et de veiller à ce que toutes les lois soient conformes à la Constitution militent fortement en faveur d'une déclaration avec effet immédiat, ces éléments doivent être mis en balance avec la protection de l'intérêt qu'a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice. Pour ce faire, il faut tenir compte de la nature et de la portée des violations continues des droits, ainsi que du fait qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat pourrait compromettre un intérêt public en particulier.

En l'espèce, la sécurité du public a été identifiée comme étant l'intérêt public qui justifie une suspension. Statistiquement parlant, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux risquent davantage de contrevenir à la loi que la population générale. Une déclaration avec effet immédiat menacerait donc, dans une certaine mesure, l'intérêt qu'a le public d'être protégé. Le registre contribue à la sécurité du public en accroissant la capacité des corps de police de prévenir les infractions sexuelles et d'enquêter sur celles-ci. Le fait de dispenser immédiatement les personnes qui risquent de commettre des infractions sexuelles de l'obligation de se présenter devant les autorités et de leur permettre de solliciter le retrait des renseignements les concernant du registre pourrait diminuer cette capacité accrue. La menace qui pèse sur le public est donc sérieuse. Toutefois, cette menace est limitée puisque des libérations inconditionnelles ne sont pas accordées aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui présentent manifestement le risque le plus élevé de récidive. L'autre intérêt public en jeu est le respect du législateur : une déclaration d'invalidité avec effet immédiat risque de compromettre la capacité du législateur de s'acquitter de son rôle et de limiter l'efficacité de toute nouvelle version de la *Loi Christopher* qui sera un jour adoptée. Ces considérations sont contrebalancées

temporarily depriving those affected of the immediate benefit of the declaration.

Finally, the exercise of the Court of Appeal's discretion in granting G an individual exemption from the suspension deserves deference. G's record since his release 17 years ago has been spotless and there is no indication that he poses a risk to public safety. An exemption ensures that G receives an effective remedy and is not denied the benefit of his success on the constitutional merits.

Per Rowe J.: The appeal should be dismissed. There is agreement with Côté and Brown JJ. regarding s. 15(1) of the *Charter*, and regarding the general approach to ordering an individual exemption under s. 24(1) from the suspended effect of a declaration of invalidity under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. However, there is disagreement on the proper approach to suspending a declaration of invalidity under s. 52(1). The Court's approach in *Schachter* should be reaffirmed.

The majority's principled discretion approach to suspended declarations of invalidity lacks analytic structure, and its four principles are so indeterminate and truistic as to provide no meaningful guidance. This discretionary approach could lead to a continuation of current trends in which declarations of invalidity are suspended in a way that varies with the length of the Chancellor's foot. There is no legitimate basis to read remedial discretion into s. 52(1). The absence of remedial discretion in s. 52(1) is not an oversight, and the inherent jurisdiction of a court is not a sound or sufficient legal basis to depart from the immediate effect of s. 52(1). The only basis on which a court can order a constitutionally invalid statute to be enforced notwithstanding its illegality is if an immediate declaration of invalidity would offend some other constitutional principle.

par l'importance de la violation des droits qui persisterait temporairement si l'effet de la déclaration d'invalidité était suspendu : les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux continuent de faire l'objet de stéréotypes méprisants qui leur sont imposés par la *Loi Christopher*, et ce, sans qu'il soit donné aux autorités l'occasion de déterminer si elles posent un risque suffisant. Tout bien considéré, la combinaison de ces deux intérêts justifie que l'on prive temporairement les personnes touchées de l'avantage que procure immédiatement la déclaration.

Enfin, l'exercice par la Cour d'appel de son pouvoir discrétionnaire afin d'accorder une exemption individuelle de la suspension à G commande une certaine retenue. Depuis sa remise en liberté il y a 17 ans, G n'a rien à se reprocher et rien n'indique qu'il présente un risque pour la sécurité du public. Une exemption fait en sorte que G bénéficie d'une réparation efficace et qu'il n'est pas privé de l'avantage d'avoir eu gain de cause sur le fond de ses contestations constitutionnelles.

Le juge Rowe : Le pourvoi doit être rejeté. Il y a accord avec les juges Côté et Brown en ce qui concerne le par. 15(1) de la *Charte* et la démarche générale qu'ils proposent lorsqu'il s'agit d'accorder, en vertu du par. 24(1), une exemption individuelle de la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité prononcée au titre du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, il y a désaccord en ce qui a trait à la méthode qu'il convient d'employer pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité en vertu du par. 52(1). L'approche suivie par la Cour dans l'arrêt *Schachter* est celle qui devrait être confirmée.

L'approche dite du pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes qu'ont adoptée les juges majoritaires quant à la suspension de l'effet de déclarations d'invalidité est mal structurée sur le plan analytique, et les quatre principes qui en découlent sont tellement vagues et évidents qu'ils n'offrent aucune ligne directrice utile. Cette approche axée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pourrait contribuer à maintenir la tendance actuelle, selon laquelle on suspend l'effet de déclarations d'invalidité de façon totalement arbitraire. Il n'y a aucune raison légitime d'intégrer, par voie d'interprétation, un pouvoir de réparation au par. 52(1). L'absence de pouvoir discrétionnaire en matière de réparation au par. 52(1) n'est pas attribuable à un oubli, et la compétence inhérente du tribunal ne constitue pas un fondement juridique valable ou suffisant pour écarter l'effet immédiat du par. 52(1). La seule condition à laquelle un tribunal peut ordonner l'application d'une loi inconstitutionnelle nonobstant son illégalité est que la déclarer telle sur-le-champ irait à l'encontre d'un autre principe constitutionnel.

Schachter is grounded in a view that suspended declarations are exceptional and should be ordered only where: (1) an immediate declaration of invalidity would pose a potential danger to the public; (2) it would otherwise threaten the rule of law; or (3) the impugned law is underinclusive and the court cannot determine properly whether to cancel or extend its benefits. These categories exemplify circumstances in which countervailing constitutional principles constitute a valid basis to suspend an immediate declaration of invalidity. While not exhaustive, the *Schachter* categories should be extended only where an immediate declaration would infringe some constitutional principle.

In the case at bar, the declaration of invalidity was suspended on the basis of public safety concerns. However, as the 12-month suspension of the declaration of invalidity ordered by the Court of Appeal has expired, this issue is now moot, as is the issue of the individual exemption order for G. Consequently, there is no cause to decide whether the declaration was properly suspended, or whether the individual exemption was rightly ordered.

Per Côté and Brown JJ. (dissenting in part): There is agreement with the majority that *Christopher's Law* infringes G's s. 15(1) *Charter* right to equal treatment, and that the declaration of invalidity was properly suspended for a period of 12 months. However, the suspension of the declaration of invalidity should be grounded solely on the threat to the rule of law that would otherwise manifest, in the present case, in the form of a threat to public safety. Consistent with the limited role of the judiciary vis-à-vis the legislature, an individual exemption from the suspended declaration of invalidity should not be granted. The appeal should therefore be allowed in part.

The section 15(1) issue is easily disposed of. *Christopher's Law* draws a distinction between persons found NCRMD and persons found guilty. That distinction exacerbates pre-existing disadvantage by perpetuating the stereotype that persons with mental illness are inherently dangerous. Persons found guilty of sexual offences have several exit ramps leading away from the obligation

L'arrêt *Schachter* repose sur l'idée que la suspension de l'effet de déclarations d'invalidité est exceptionnelle et ne devrait être prononcée que dans l'un ou l'autre des cas suivants : (1) la déclaration d'invalidité avec effet immédiat serait susceptible de présenter un danger pour le public; (2) la déclaration menacerait d'une autre manière la primauté du droit; (3) la loi contestée a une portée trop limitative et le tribunal n'est pas en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause sur l'opportunité de l'annuler ou d'accorder des avantages à un groupe non visé par la loi. Ces catégories illustrent les circonstances dans lesquelles des principes constitutionnels faisant contrepoids constituent une raison valable de suspendre la déclaration d'invalidité avec effet immédiat. Bien qu'elles ne soient pas exhaustives, il n'y a lieu d'élargir les catégories établies dans l'arrêt *Schachter* que si une déclaration d'invalidité avec effet immédiat enfreignait un principe constitutionnel.

En l'espèce, l'effet de la déclaration d'invalidité a été suspendu pour des raisons de sécurité publique. Toutefois, comme la suspension de 12 mois de la déclaration d'invalidité décrétée par la Cour d'appel est venue à expiration, la question est désormais théorique, tout comme celle de l'ordonnance d'exemption individuelle à l'égard de G. Par conséquent, il n'y a pas lieu de décider si l'effet de la déclaration a été suspendu à bon droit, ou si l'exemption individuelle a été accordée à bon droit en l'espèce.

Les juges Côté et Brown (dissidents en partie) : Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires suivant laquelle la *Loi Christopher* porte atteinte au droit à l'égalité de traitement que le par. 15(1) de la *Charte* reconnaît à G, et suivant laquelle l'effet de la déclaration d'invalidité a été suspendu à bon droit pendant une période de 12 mois. Toutefois, la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité ne devrait être justifiée que s'il existe une menace à la primauté du droit qui se manifesterait autrement, en l'espèce, sous la forme d'un danger pour la sécurité publique. Compte tenu du rôle limité du pouvoir judiciaire vis-à-vis le pouvoir législatif, une exemption individuelle de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité ne devrait pas être accordée. Le pourvoi devrait donc être accueilli en partie.

Il est facile de trancher la question du par. 15(1). La *Loi Christopher* établit une distinction entre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et les personnes reconnues coupables. Cette distinction accentue un désavantage préexistant en perpétuant le stéréotype selon lequel les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses.

to comply with *Christopher's Law* but persons found NCRMD do not, even where the Ontario Review Board determines that they no longer pose a significant threat to public safety and grants them an absolute discharge. This constitutes differential treatment on the basis of an enumerated ground: mental disability. The proper remedy is to require the legislature to provide persons found NCRMD who have been absolutely discharged with an opportunity for exemption and removal from the *Christopher's Law* registry.

Suspended declarations of invalidity are only warranted when there is a threat to the rule of law, for three principal reasons. First, this was what the Court envisioned in assuming for the first time the power to issue a suspended declaration in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. The Court in *Manitoba Reference* tightly constrained the use of suspended declarations to situations where they are necessary to preserve the rule of law under conditions of emergency, when it is impossible to comply with constitutional rights. Since *Manitoba Reference*, however, the Court has lost its way and has suspended declarations of invalidity almost as a matter of course, often with no justification or attention to the rule of law.

Secondly, the Constitution contemplates immediate declarations as the norm, subject only to a rule of law concern. Once it is found that a statute is inconsistent with the Constitution, s. 52(1) limits the role of courts to declaring a law is of no force or effect. While the Constitution does not expressly permit courts to suspend a declaration of invalidity, it does provide a means for Parliament and legislatures to do so in certain cases under s. 33(1). Courts must therefore be judicious, measured and principled when exercising the judicially created power to suspend a declaration of invalidity. Rights under the *Charter* may be temporarily judicially displaced by the operation of a suspended declaration of invalidity only where necessary to preserve the rule of law and to ensure its continuity. In such instances, courts are not fulfilling an impermissible

Les personnes déclarées coupables d'infractions d'ordre sexuel disposent de plusieurs voies de sortie qui leur permettent d'être dispensées de l'obligation de se conformer à la *Loi Christopher*, mais les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux n'y ont pas accès, même lorsque la Commission ontarienne d'examen a jugé qu'elles ne représentaient plus un risque important pour la sécurité du public et qu'elle leur a accordé une libération inconditionnelle. Ceci constitue une différence de traitement fondée sur un motif énuméré : la déficience mentale. La réparation appropriée consiste à exiger de la législature qu'elle offre aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, qui ont été libérées inconditionnellement, la possibilité de bénéficier d'une exemption et d'être retirées du registre prévu par la *Loi Christopher*.

Il y a trois principales raisons pour lesquelles une suspension de l'effet de déclarations d'invalidité est justifiée uniquement lorsque la primauté du droit est menacée. Tout d'abord, c'est le scénario qu'envisageait la Cour lorsqu'elle a exercé pour la première fois le pouvoir de prononcer la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. La Cour a, dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, rigoureusement limité le recours à la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité aux situations dans lesquelles il est nécessaire d'y recourir afin de préserver la primauté du droit en situation d'urgence, lorsqu'il est impossible d'observer les droits constitutionnels. Mais depuis le *Renvoi relatif au Manitoba*, la Cour s'est égarée et a eu recours à la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité presque automatiquement, souvent sans justifier sa décision ni se soucier de la primauté du droit.

Deuxièmement, la Constitution prévoit que la règle est le prononcé d'une déclaration avec effet immédiat, sous réserve uniquement d'une préoccupation quant à la primauté du droit. Dès lors qu'une loi est jugée incompatible avec la Constitution, le par. 52(1) limite le rôle des tribunaux à déclarer une loi inopérante. Bien que la Constitution ne permette pas expressément aux tribunaux de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, elle offre effectivement au Parlement et aux législatures provinciales la possibilité de le faire dans certains cas prévus au par. 33(1). Ainsi, les tribunaux doivent faire preuve de discernement et de circonspection et se fonder sur des principes lorsqu'ils exercent le pouvoir d'origine prétorienne de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité. Les tribunaux ne sont autorisés à écarter temporairement

legislative role as they otherwise would be by granting a suspended declaration, but an assuredly judicial role.

Thirdly, lessons that follow from *Schachter*'s jurisprudential progeny show why it is essential to confine judicial discretion. Restraint is imperative because suspending a declaration will often pull a court beyond its institutional competence and capacity, and into the role of the legislature. As well, courts are ill-equipped to determine the period of time during which a suspended declaration should govern. Further, allowing an unconstitutional law to remain in force not only withholds the immediate relief to which a successful claimant is expressly entitled under s. 52(1), but also sustains the invalidated law's capacity to produce harm. Finally, suspended declarations can exacerbate pre-existing disadvantage and discourage rights holders from bringing *Charter* claims forward in the first place.

If used improperly, suspended declarations can undermine the rule of law they were meant to preserve in two ways: they can lead to uncertainty in the law during the period of suspension; and they can lessen the consequences for lawmakers of enacting laws that violate the *Charter*, which in turn, reduces the incentives for complying with rights when making law.

In the present case, granting an immediate declaration of invalidity would threaten public safety and, therefore, the rule of law, as it would mean that the *Christopher's Law* registry would not apply to all persons found NCRMD and who have been granted absolute discharges by the Ontario Review Board. While *Christopher's Law* likely captures persons who do not pose a significant risk of reoffending, it also captures many who do. More importantly, it must be remembered that the recidivism risk is that of committing sexual offences, which are violent crimes that cause profound harm to the most vulnerable members of society. Given that an immediate declaration of invalidity would remove persons found NCRMD who are potentially dangerous from the registry, it would create a lacuna in

les droits reconnus par la *Charte* par l'application de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité que lorsque cela est nécessaire afin de préserver la primauté du droit et pour en assurer le maintien. En pareil cas, les tribunaux n'exercent pas de façon illégitime un rôle législatif, comme ils le feraient autrement en suspendant l'effet d'une déclaration d'invalidité, mais bien un rôle judiciaire.

Troisièmement, les enseignements tirés des jugements qui ont été rendus dans la foulée de l'arrêt *Schachter* démontrent pourquoi il est essentiel de limiter le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Il est impératif que les tribunaux fassent preuve de retenue, parce qu'ils risquent d'outrepasser les limites de leurs compétence et capacité institutionnelles et d'empiéter sur la fonction du législateur en suspendant l'effet d'une déclaration. De plus, les tribunaux sont mal outillés pour déterminer le délai pendant lequel l'effet d'une déclaration d'invalidité devrait être suspendu. Qui plus est, en permettant à une loi inconstitutionnelle de rester en vigueur, on refuse non seulement au demandeur qui a obtenu gain de cause la réparation immédiate à laquelle il a expressément droit en vertu du par. 52(1), mais on permet à cette loi qui a été invalidée de continuer à causer un préjudice. Enfin, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est susceptible d'aggraver un désavantage préexistant et de dissuader dès le départ les titulaires de droits de présenter des demandes fondées sur la *Charte*.

Lorsqu'utilisée de manière inappropriée, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité risque de miner de deux façons la primauté du droit qu'elle était censée protéger : elle peut créer de l'incertitude dans le droit pendant la période de suspension; et est susceptible d'atténuer les conséquences auxquelles s'expose le législateur qui a édicté une loi qui viole la *Charte*, ce qui, à son tour, réduit les incitatifs à respecter les droits lorsqu'il légifère.

Prononcer une déclaration d'invalidité avec effet immédiat en l'espèce constituerait une menace à la sécurité publique et, par conséquent, à la primauté du droit, puisque cela signifierait que le registre des délinquants sexuels prévu par la *Loi Christopher* ne s'appliquerait pas à l'ensemble des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui se sont vu accorder une libération inconditionnelle par la Commission ontarienne d'examen. Quoique la *Loi Christopher* s'applique vraisemblablement aux personnes qui ne présentent pas un risque élevé de récidive, elle vise aussi de nombreuses personnes qui présentent un tel risque. Plus important encore, il faut se rappeler que le risque de récidive est celui de commettre des infractions

the regime that would undoubtedly pose a danger to the public and thus threaten the rule of law.

If a suspended declaration of invalidity should be rare, then an individual exemption from that suspension must be exceedingly so. There is disagreement with the majority that judges are well-suited to conduct an individualized assessment as to whether an exemption would endanger public safety. Rather, a helpful consideration in determining whether an individual exemption should be granted is to ask whether an exemption is necessary to prevent irreparable harm to the interests the *Charter* was designed to protect during the suspension. The case for irreparable harm must be so significant that it overcomes the weighty need to leave the manner of addressing a constitutional infringement to the legislature.

Although G has shown that he is entitled to the opportunity for exemption and removal from the registry, this is not one of those rare cases where an individual exemption is warranted. A delayed remedy will not deprive G of an effective one, nor preclude him from accessing the new opportunity for exemption in whatever form that may take. Further, G will, at most, have to report to the police station one more time as part of his obligation to report annually, a far cry from irreparable harm. In G's case, as in most, crafting an individual exemption will exceed the competence of the Court and encroach on what is an issue for resolution by the legislature, which is in a far better position to determine what the appropriate mechanism is to provide persons found NCRMD with the opportunity for exemption.

Granting G an individual exemption also raises concerns of horizontal unfairness — that is, of treating G better than others who are similarly situated. In a constitutional case involving the validity of a statute of general applicability, a litigant should not be entitled to a better

d'ordre sexuel, des crimes violents qui causent un tort immense aux membres les plus vulnérables de la société. Étant donné qu'elle retirerait du registre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui sont potentiellement dangereuses, une déclaration d'invalidité avec effet immédiat créerait une faille dans le régime qui présenterait incontestablement un danger pour le public et, partant, une menace à la primauté du droit.

Si une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité doit rarement être accordée, une exemption individuelle de cette suspension ne doit l'être que dans des cas rarissimes. Il y a désaccord avec les juges majoritaires qui estiment que les juges sont bien placés pour effectuer une évaluation individualisée en vue de décider si une exemption compromettrait la sécurité du public. En réalité, pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une exemption individuelle, il est utile de se poser la question de savoir s'il est nécessaire d'accorder une exemption pour empêcher qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits que la *Charte* est censée protéger au cours de la suspension. Les arguments fondés sur l'existence d'un préjudice irréparable doivent être convaincants au point de surmonter l'importante nécessité de laisser au législateur le soin de décider comment il convient de redresser une violation de la Constitution.

Même si G a démontré qu'il a droit à la possibilité de bénéficier d'une exemption et d'être retiré du registre, il ne s'agit pas d'un de ces rares cas où une exemption individuelle est justifiée. G ne se verra pas refuser une réparation efficace parce qu'il doit attendre pour l'obtenir et il ne sera pas empêché de saisir la prochaine occasion pour se prévaloir d'une exemption, peu importe la forme qu'elle prendra. En outre, G devra tout au plus se présenter au poste de police une fois de plus pour satisfaire à son obligation de se présenter chaque année aux autorités, ce qui est loin d'un préjudice irréparable. Dans le cas de G, comme dans la plupart des autres, l'élaboration d'une exemption individuelle déborde le cadre de la compétence de la Cour et empiète sur ce qui est une question que doit résoudre le législateur, qui est bien mieux placé pour décider quel est le mécanisme qui convient le mieux pour offrir aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité de bénéficier d'une exemption.

Accorder une exemption individuelle à G suscite également la crainte d'une iniquité horizontale, c'est-à-dire la crainte que G bénéficie d'un traitement plus favorable que celui réservé aux autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable. Dans une affaire constitutionnelle

or more immediate constitutional remedy than all other persons similarly situated merely because they brought the case.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Discussed: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **considered:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; **referred to:** *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. v. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16; *R. v. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, rev'g 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Manitoba (Attorney*

portant sur la validité d'une loi d'application générale, un plaideur ne devrait pas avoir droit à une réparation constitutionnelle meilleure ou plus immédiate que toute autre personne se trouvant dans une situation semblable du seul fait qu'il a intenté l'action.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **arrêts examinés :** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409; *R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16; *R. c. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, inf. 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex*

General) v. *Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764; *Reference re pan-Canadian securities regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Barabash*, 2015 SCC 29, [2015] 2 S.C.R. 522; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Attorney-General v. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016

Workers United Against Violence Society, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Marbury c. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Barabash*, 2015 CSC 29, [2015] 2 R.C.S. 522; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Attorney-General c. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984]

SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Sit*, [1991] 3 S.C.R. 124; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Arkel*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Koo Sze Yiu v. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa*,

2 R.C.S. 66; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Sit*, [1991] 3 R.C.S. 124; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Arkel*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R.*

[1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631; BVerfG, 2 BvC 62/14, Decision of January 29, 2019 (Germany); *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13; *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995); *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421.

By Rowe J.

Applied: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; **considered:** *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; **referred to:** *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2019 SCC 36, [2019] 2 S.C.R. 990.

By Côté and Brown JJ. (dissenting in part)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2

c. Comeau, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Koo Sze Yiu c. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Coetzee c. Government of the Republic of South Africa*, [1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631; BVerfG, 2 BvC 62/14, décision du 29 janvier, 2019 (Allemagne); *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13; *Harper c. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. c. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995); *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421.

Citée par le juge Rowe

Arrêt appliqué : *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; **arrêt examiné :** *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; **arrêts mentionnés :** *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Ontario (Procureure générale) c. G*, 2019 CSC 36, [2019] 2 R.C.S. 990.

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents en partie)

Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *T.U.A.C., section locale 1518 c.*

S.C.R. 1083; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Heywood*, [1994] 3

KMart Canada Ltd., [1999] 2 R.C.S. 1083; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Renvoi relatif à la rémunération des juges*

S.C.R. 761; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Ferguson v. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313; *R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. v. R.L.*, 2007 ONCA 347; *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-16, *Sex Offender Information Registration Act*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004, s. 20.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 2, 3, 4, 7 to 15, 24(1), (2), 32(1), 33.
Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, O. Reg. 69/01, ss. 1.2, 2.
Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1, ss. 1(1) "offender", "pardon", 2, 3, 4(2), 7(1)(a), (b), (c), (4), 8(1)(c), 9.1, 10(2), (3), 11.
Christopher's Law (Sex Offender Registry) Amendment Act, 2011, S.O. 2011, c. 8, ss. 1(1), 6.

de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Attorney General of the Republic c. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Northern Pipeline Construction Co. c. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Ferguson c. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *R. c. R.L.*, 2007 ONCA 347; *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 7 à 15, 24(1), (2), 32(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 16(1), 490.012(4) [aj. 2004, c. 10, s. 20], 490.016(1), 490.023(2), partie XX.1, 672.1(1) 672.34, 672.35, 672.47, 672.54, 672.55, 672.81, 730, 748.
Constitution de l'Afrique du Sud, art. 172(1)(a), (b).
Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, c. 42, art. 4(4), (6).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 17, 40, 48, 55, 91 à 95.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 44, 45, 52(1).

Constitution Act, 1867, preamble, ss. 17, 40, 48, 55, 91 to 95.
Constitution Act, 1982, ss. 44, 45, 52(1).
 Constitution of South Africa, s. 172(1)(a), (b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16(1), 490.012(4) [ad. 2004, c. 10, s. 20], 490.016(1), 490.023(2), Part XX.1, 672.1(1), 672.34, 672.35, 672.47, 672.54, 672.55, 672.81, 730, 748.
Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, ss. 4, 4.1.
Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42, s. 4(4), (6).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 41(1.1), (1.2).
Protecting Victims from Sex Offenders Act, S.C. 2010, c. 17, s. 5.
Scotland Act, 1998 (U.K.), 1998, c. 46, ss. 102(2), (3).
Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10.

Authors Cited

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law*. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 4).
 Barnes, Elizabeth. *The Minority Body: A Theory of Disability*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
 Bird, Brian. “The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity” (2019), 42 *Man. L.J.* 23.
 Blakeney, Allan E. “The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada’s Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing” (2010), 19 *Const. Forum* 1.
 Bracken, Patrick, and Philip Thomas. *Postpsychiatry*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
 Brammall, Brendan. “A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers*” (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113.
 Burningham, Sarah. “A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada*” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201.
 Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *The Costs of Charter Litigation*, by Alan Young, 2016.
 Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *The Review Board Systems in Canada: An Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study*, by Jeff Latimer and Austin Lawrence, 2006.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.

Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, c. 1, art. 1(1) « délinquant », « réhabilitation », 2, 3, 4(2), 7(1)a), b), c), (4), 8(1)c), 9.1, 10(2), (3), 11.
Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, Règl. de l’Ont. 69/01, art. 1.2, 2.
Loi de 2011 modifiant la Loi Christopher sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2011, c. 8, art. 1(1), 6.
Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels, L.C. 2010, c. 17, art. 5.
Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, c. C-47, art. 4, 4.1.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, c. P.15, art. 41(1.1), (1.2).
 Projet de loi C-16, *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, 3^e sess., 37^e lég., 2004, art. 20.
Scotland Act, 1998 (U.K.), 1998, c. 46, art. 102(2), (3).

Doctrine et autres documents cités

Barrett, Joan, and Riun Shandler. *Mental Disorder in Canadian Criminal Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 4).
 Barnes, Elizabeth. *The Minority Body : A Theory of Disability*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
 Bird, Brian. « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity » (2019), 42 *Man. L.J.* 23.
 Blakeney, Allan E. « The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada’s Patriated Constitution : What I Thought We Were Doing » (2010), 19 *Forum Const.* 1.
 Bracken, Patrick, and Philip Thomas. *Postpsychiatry*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
 Brammall, Brendan. « A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers* » (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113.
 Burningham, Sarah. « A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada* » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201.
 Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Les coûts des litiges fondés sur la Charte*, par Alan Young, 2016.
 Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Les systèmes de commissions d’examen au Canada : Survol des résultats de l’étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux*, par Jeff Latimer et Austin Lawrence, 2006.
 Choudhry, Sujit, and Kent Roach. « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.

- Corrigan, Patrick W., and Amy C. Watson, "Understanding the impact of stigma on people with mental illness" (2002), 1 *World Psychiatry* 16.
- Devlin, Richard, and Dianne Pothier. "Introduction: Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship", in Dianne Pothier and Richard Devlin, eds., *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*. Vancouver: UBC Press, 2006, 1.
- Hoole, Grant R. "Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law" (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107.
- Jhaveri, Swati. "Sunsetting suspension orders in Hong Kong", in Po Jen Yap, ed., *Constitutional Remedies in Asia*. New York: Routledge, 2019.
- Kelly, James B. *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*. Vancouver: UBC Press, 2005.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Leckey, Robert. "Remedial Practice Beyond Constitutional Text" (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1.
- Leckey, Robert. *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, March 12, 2014 (online: <https://ukconstitutionallaw.org/2014/03/12/robert-leckey-suspended-declarations-of-invalidity-and-the-rule-of-law/#:~:text=Robert%20Leckey%3A%20Suspended%20Declarations%20of%20Invalidity%20and%20and%20the%20Rule%20of%20Law,-In%20December%202013&text=It%20stipulates%20that%20any%20law,of%20no%20force%20or%20effect>).
- Leckey, Robert. "The harms of remedial discretion" (2016), 14 *I CON* 584.
- Macfarlane, Emmett. "Dialogue, Remedies, and Positive Rights: *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms*" (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107.
- Martin's Annual Criminal Code*, by Marie Henein, Marc Rosenberg and Edward L. Greenspan. Toronto: Thomson Reuters, 2019.
- McIntyre, Sheila. "Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination", in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2009, 99.
- Moulard, Carolyn. "Remedying the Remedy: *Bedford's* Suspended Declaration of Invalidity" (2018), 41 *Man. L.J.* 281.
- Newman, Dwight. "Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities", in Geoffrey Corrigan, Patrick W., and Amy C. Watson, « Understanding the impact of stigma on people with mental illness » (2002), 1 *World Psychiatry* 16.
- Devlin, Richard, and Dianne Pothier. « Introduction : Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship », in Dianne Pothier and Richard Devlin, eds., *Critical Disability Theory : Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2006, 1.
- Hoole, Grant R. « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107.
- Jhaveri, Swati. « Sunsetting suspension orders in Hong Kong », in Po Jen Yap, ed., *Constitutional Remedies in Asia*, New York, Routledge, 2019.
- Kelly, James B. *Governing with the Charter : Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, Vancouver, UBC Press, 2005.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Leckey, Robert. « Remedial Practice Beyond Constitutional Text » (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1.
- Leckey, Robert. *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, March 12, 2014 (en ligne : <https://ukconstitutionallaw.org/2014/03/12/robert-leckey-suspended-declarations-of-invalidity-and-the-rule-of-law/#:~:text=Robert%20Leckey%3A%20Suspended%20Declarations%20of%20Invalidity%20and%20and%20the%20Rule%20of%20Law,-In%20December%202013&text=It%20stipulates%20that%20any%20law,of%20no%20force%20or%20effect>).
- Leckey, Robert. « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *I CON* 584.
- Macfarlane, Emmett. « Dialogue, Remedies, and Positive Rights : *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms* » (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107.
- Martin's Annual Criminal Code*, by Marie Henein, Marc Rosenberg and Edward L. Greenspan, Toronto, Thomson Reuters, 2019.
- McIntyre, Sheila. « Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination », in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2009, 99.
- Moulard, Carolyn. « Remedying the Remedy : *Bedford's* Suspended Declaration of Invalidity » (2018), 41 *Man. L.J.* 281.
- Newman, Dwight. « Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities », in Geoffrey

- Sigalet, Grégoire Webber and Rosalind Dixon, eds., *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 209.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated October 2019, release 34).
- Roach, Kent. "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49.
- Roach, Kent. "Dialogic remedies" (2019), 17 *ICON* 860.
- Roach, Kent. "Principled Remedial Discretion Under the Charter" (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101.
- Roach, Kent. "The Separation and Interconnection of Powers in Canada: The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies" (2018), 5 *J. Int'l Comp. L.* 315.
- Russell, Peter H. "Standing Up for Notwithstanding" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293.
- Ryder, Bruce. "Suspending the Charter" (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267.
- Scalia, Antonin. "The Rule of Law as a Law of Rules" (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175.
- Stavsky, Mark M. "The Doctrine of State Necessity in Pakistan" (1983), 16 *Cornell Int'l L.J.* 341.
- Stuart, Heather, et al. "Stigma in Canada: Results from a Rapid Response Survey" (2014), 59 *Can. J. Psychiatry* S27.
- Stuart, Heather, Julio Arboleda-Flórez and Norman Sartorius. *Paradigms Lost: Fighting Stigma and the Lessons Learned*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Trotter, Gary T. "Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy: Examining the Self-Defence Review" (2001), 26 *Queen's L.J.* 339.
- van Kralingen, Alex. "The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage: *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights" (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Wasserman, David, et al., "Disability: Definitions, Models, Experience", in E. N. Zalta et al., eds., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016 (online: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/disability/>).
- Webber, Grégoire C. N. "Originalism's Constitution", in Grant Huscroft and Bradley W. Miller, eds., *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*. New York: Cambridge University Press, 2011, 147.
- Weiler, Paul C. "Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version" (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51.
- Sigalet, Grégoire Webber and Rosalind Dixon, eds., *Constitutional Dialogue : Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 209.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated October 2019, release 34).
- Roach, Kent. « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49.
- Roach, Kent. « Dialogic remedies » (2019), 17 *ICON* 860.
- Roach, Kent. « Principled Remedial Discretion Under the Charter » (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101.
- Roach, Kent. « The Separation and Interconnection of Powers in Canada : The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies » (2018), 5 *J. Int'l Comp. L.* 315.
- Russell, Peter H. « Standing Up for Notwithstanding » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293.
- Ryder, Bruce. « Suspending the Charter » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267.
- Scalia, Antonin. « The Rule of Law as a Law of Rules » (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175.
- Stavsky, Mark M. « The Doctrine of State Necessity in Pakistan » (1983), 16 *Cornell Int'l L.J.* 341.
- Stuart, Heather, et al. « Stigma in Canada : Results from a Rapid Response Survey » (2014), 59 *Can. J. Psychiatry* S27.
- Stuart, Heather, Julio Arboleda-Flórez, and Norman Sartorius. *Paradigms Lost : Fighting Stigma and the Lessons Learned*, New York, Oxford University Press, 2012.
- Trotter, Gary T. « Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy : Examining the Self-Defence Review » (2001), 26 *Queen's L.J.* 339.
- van Kralingen, Alex. « The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage : *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights » (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Wasserman, David, et al., « Disability : Definitions, Models, Experience », in E. N. Zalta et al., eds., *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016 (en ligne : <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/disability/>).
- Webber, Grégoire C. N. « Originalism's Constitution », in Grant Huscroft and Bradley W. Miller, eds., *The Challenge of Originalism : Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011, 147.
- Weiler, Paul C. « Rights and Judges in a Democracy : A New Canadian Version » (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51.

Weinrib, Lorraine. *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, August 21, 2016 (online: <https://www.lawtimesnews.com/news/general/suspended-invalidity-orders-out-of-sync-with-constitution/258931>).
Whyte, John D. “Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the *Charter*’s Notwithstanding Clause” (2007), 16 *Const. Forum* 79.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, van Rensburg and Hourigan J.J.A.), 2019 ONCA 264, 432 C.R.R. (2d) 97, 145 O.R. (3d) 161, 374 C.C.C. (3d) 55, 54 C.R. (7th) 120, [2019] O.J. No. 1683 (QL), 2019 CarswellOnt 4915 (WL Can.), setting aside a decision of Lederer J., 2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, [2017] O.J. No. 6355 (QL), 2017 CarswellOnt 19307 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté and Brown JJ. dissenting in part.

S. Zachary Green, for the appellant.

Marshall A. Swadron, Joanna H. Weiss and Arooba Shakeel, for the respondent.

Marc Ribeiro and John Provart, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jill R. Presser and Shakir Rahim, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Anita Szigeti, Andrew Menchynski, Ruby Dhand and Meaghan McMahon, for the intervener the Empowerment Council.

Erin Dann and Michelle Psutka, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Adam Goldenberg and Ljiljana Stanić, for the intervener the Canadian Mental Health Association, Ontario.

Weinrib, Lorraine. *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, August 21, 2016 (en ligne : <https://www.lawtimesnews.com/news/general/suspended-invalidity-orders-out-of-sync-with-constitution/258931>).
Whyte, John D. « Sometimes Constitutions are Made in the Streets : The Future of the *Charter*’s Notwithstanding Clause » (2007), 16 *Forum Const.* 79.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, van Rensburg et Hourigan), 2019 ONCA 264, 432 C.R.R. (2d) 97, 145 O.R. (3d) 161, 374 C.C.C. (3d) 55, 54 C.R. (7th) 120, [2019] O.J. No. 1683 (QL), 2019 CarswellOnt 4915 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Lederer, 2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, [2017] O.J. No. 6355 (QL), 2017 CarswellOnt 19307 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Côté et Brown sont dissidents en partie.

S. Zachary Green, pour l’appelant.

Marshall A. Swadron, Joanna H. Weiss et Arooba Shakeel, pour l’intimé.

Marc Ribeiro et John Provart, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Jill R. Presser et Shakir Rahim, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Anita Szigeti, Andrew Menchynski, Ruby Dhand et Meaghan McMahon, pour l’intervenant Empowerment Council.

Erin Dann et Michelle Psutka, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Cheryl Milne, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Adam Goldenberg et Ljiljana Stanić, pour l’intervenante l’Association canadienne pour la santé mentale, Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] People with mental illnesses face persistent stigma and prejudicial treatment in Canadian society, which has imposed profound and widespread social, political, and legal disadvantage on them. In particular, discriminatory perceptions that those with mental illnesses are inherently and indefinitely dangerous persist. These perceptions have served to support some of the most unjust treatment of those with mental illnesses. As this case demonstrates, such perceptions still find some expression in legislation.

[2] Section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prevents such discrimination from being given the force of law. This appeal requires the Court to apply the equality guarantee to the manner in which those found not criminally responsible on account of mental disorder (NCRMD) of sexual offences are treated by Ontario's sex offender registry regime. It also provides an opportunity to set out a consistent set of principles applicable to granting remedies for legislation that violates the *Charter*.

[3] In Ontario, *Christopher's Law (Sex Offender Registry)*, 2000, S.O. 2000, c. 1 (*Christopher's Law*), requires those who are either convicted or found NCRMD of a sexual offence to physically report to a police station to have their personal information added to the province's sex offender registry. They must continue to report in person at least once a year to keep their information up to date. They must also report every time certain information changes. Even when individuals are no longer required to report

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les personnes souffrant de troubles mentaux font l'objet d'une stigmatisation continue et d'un traitement préjudiciable dans la société canadienne, de sorte qu'elles sont grandement et largement défavorisées sur les plans social, politique et juridique. Plus particulièrement, il subsiste à leur égard des perceptions discriminatoires suivant lesquelles elles sont en soi dangereuses et elles présenteront toujours un danger. Ces perceptions ont d'ailleurs servi à justifier certains des traitements les plus injustes que subissent ces personnes. Comme le démontre la présente affaire, de telles perceptions discriminatoires se manifestent encore à l'occasion dans les textes législatifs.

[2] L'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* empêche que ce type de discrimination se voit conférer force de loi. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à appliquer la garantie d'égalité à la manière dont sont traitées les personnes qui sont déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles par le régime d'enregistrement des délinquants sexuels de l'Ontario. Le présent pourvoi donne également à notre Cour l'occasion d'établir un ensemble cohérent de principes qui s'appliqueront à l'octroi de réparations lorsque des textes législatifs violent la *Charte*.

[3] En Ontario, la *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, c. 1 (*Loi Christopher*), exige des personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qu'elles se présentent en personne à un poste de police pour fournir leurs renseignements personnels afin que ceux-ci soient consignés au registre des délinquants sexuels de la province. Elles doivent continuer de se présenter en personne

or when they die, information previously gathered about them under the registry is retained.

[4] Those who are found guilty of a sexual offence can be exempted from reporting in the first place by receiving a discharge under s. 730 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, can be removed from the registry upon receipt of a free pardon, and can be exempted from continuing to report upon receipt of either a free pardon or criminal record suspension. There is therefore some opportunity, based on an individualized assessment, to be exempted from the sex offender registry. By contrast, everyone found NCRMD *must* report upon discharge by a provincial review board or court, without exception, no one found NCRMD can *ever* be removed from the registry, and no one found NCRMD can *ever* be exempted from reporting. This is so even if they have received a discharge from a review board.

[5] G, the respondent, was found NCRMD of two sexual offences and then absolutely discharged by the Ontario Review Board (ORB). His record in the 19 years since those offences occurred has been spotless. Nevertheless, as *Christopher's Law* currently stands, G will have to report and will be a registered "sex offender" for the rest of his life. His information will remain in the registry even after he passes away. He has *no* opportunity for removal.

[6] In my view, *Christopher's Law* draws discriminatory distinctions between people found guilty and

devant les autorités au moins une fois par année pour mettre leurs renseignements à jour. De plus, elles doivent se présenter devant les autorités chaque fois que certains de leurs renseignements changent. Même lorsqu'elles ne sont plus tenues de se présenter devant les autorités ou qu'elles décèdent, les renseignements qui ont été recueillis à leur sujet sont conservés dans le registre.

[4] Les personnes déclarées coupables d'une infraction d'ordre sexuel peuvent être dispensées au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités si elles reçoivent une absolution en vertu de l'art. 730 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Elles peuvent également être retirées du registre lorsqu'elles reçoivent un pardon absolu et être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter devant les autorités lorsqu'elles obtiennent un pardon absolu ou la suspension de leur casier judiciaire. Il existe donc certaines possibilités, après une évaluation individuelle, d'être exempté du registre des délinquants sexuels. À l'inverse, toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux *doivent*, sans exception, se présenter devant les autorités après avoir été libérées par une commission d'examen provinciale ou un tribunal. De plus, elles ne peuvent *jamais* être retirées du registre et ne peuvent *jamais* être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités, et ce, même si elles ont obtenu une libération d'une commission d'examen.

[5] G, l'intimé, a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard de deux infractions sexuelles et a par la suite été libéré inconditionnellement par la Commission ontarienne d'examen (Commission). Depuis la perpétration de ces infractions il y a 19 ans, G n'a rien à se reprocher. Toutefois, tel que la *Loi Christopher* est actuellement rédigée, G sera tenu de se présenter devant les autorités et sera un « délinquant sexuel » enregistré jusqu'à la fin de sa vie. De plus, ses renseignements seront conservés dans le registre même après son décès, et il n'a *aucune* possibilité de faire retirer son nom du registre.

[6] À mon avis, la *Loi Christopher* crée des distinctions discriminatoires entre les personnes déclarées

people found NCRMD of sexual offences on the basis of mental disability, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. These discriminatory distinctions cannot be justified in a free and democratic society. I would therefore dismiss the appeal and uphold the Court of Appeal's orders declaring *Christopher's Law* to be of no force or effect as it applies to those found NCRMD and granted an absolute discharge, suspending the declaration of invalidity for 12 months, and exempting G from that suspension by relieving him of further compliance with the legislation and ordering that his information be deleted from the registry immediately.

II. Background

[7] In September 2001, G experienced his first and only manic episode. A month later, he was charged with two counts of sexually assaulting his then-wife, one count of unlawfully confining her, and one count of harassment. The two incidents underlying the charges occurred as a result of that manic episode.

[8] In June 2002, G was found NCRMD. When G appeared before the ORB in July 2002, he received a conditional discharge. In August 2003, the ORB ordered that he be absolutely discharged on the basis that “[t]here is simply no evidence to find that [G] is a significant risk to the safety of the public” (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, at para. 17). G has not engaged in criminal activity since being absolutely discharged approximately 17 years ago. He has adhered to treatment and his symptoms have been in full remission. He has maintained stable employment and has strong and supportive relationships with his family.

[9] G was placed on the provincial sex offender registry in August 2004, and on the federal registry in January 2005. Since then, G has fully complied with

coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’infractions sexuelles sur le fondement de leur déficience mentale, ce qui va à l’encontre du par. 15(1) de la *Charte*. Ces distinctions discriminatoires ne peuvent se justifier dans une société libre et démocratique. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les ordonnances de la Cour d’appel portant que la *Loi Christopher* est inopérante à l’égard des personnes jugées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui obtiennent une libération inconditionnelle, que l’effet de la déclaration d’invalidité doit être suspendu pendant une période de 12 mois, et qu’il faut exempter G de cette suspension en le dispensant de l’obligation de continuer de se conformer à la *Loi* et en ordonnant que ses renseignements soient supprimés du registre sur-le-champ.

II. Contexte

[7] En septembre 2001, G a eu son premier et seul épisode maniaque. Un mois plus tard, il a été accusé de deux chefs d’agression sexuelle sur son épouse de l’époque, d’un chef de séquestration de cette dernière et d’un chef de harcèlement. Les deux incidents à l’origine des accusations découlent de cet épisode maniaque.

[8] En juin 2002, G a été déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Lorsque G a comparu devant la Commission en juillet 2002, il a obtenu une libération conditionnelle. En août 2003, la Commission a ordonné qu’il soit libéré inconditionnellement au motif qu’il [TRANSLATION] « n’existe tout simplement pas de preuve permettant de conclure que [G] représente un risque important pour la sécurité du public » (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, par. 17). G ne s’est livré à aucune activité criminelle depuis sa libération inconditionnelle il y a environ 17 ans. Il suit un traitement et ses symptômes ont complètement disparu. Il garde un emploi stable et a des relations de soutien solides avec les membres de sa famille.

[9] G a été inscrit au registre provincial des délinquants sexuels en août 2004 et au registre fédéral en janvier 2005. Depuis, G s’est toujours acquitté de

his reporting obligations. He has reported in person annually as required by *Christopher's Law* and has complied with other requirements imposed by the federal *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10 (*SOIRA*).

[10] G brought an application challenging *Christopher's Law* (and the federal registry, which is not at issue in this appeal) as it applies to persons found NCRMD who have been absolutely discharged under Part XX.1 of the *Criminal Code* in respect of offences giving rise to registration. He took the position that the inability of people in his situation to be granted an exemption or be removed from the registry violates ss. 7 and 15(1) of the *Charter*. G's application was dismissed at first instance, but his appeal was allowed in part.

A. *Ontario Superior Court of Justice (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297) (Lederer J.)*

[11] Relying on the evidence of the government's expert witness, the application judge found that, although it is not possible to predict the risk of recidivism with certainty using actuarial data, the risk of reoffending for a person found NCRMD is no less than that of an individual found guilty. He concluded that, from the perspective of risk assessment, it makes little difference whether the sexual offence results in a criminal conviction or a finding of NCRMD, because people who have been found NCRMD have criminal recidivism rates that are substantially higher than the rates of first-time offending among individuals with no criminal history.

[12] Dealing with the s. 7 claim, the application judge accepted that G's liberty interest is engaged but rejected G's argument that his security of the

ses obligations de se présenter devant les autorités. Il s'est présenté en personne devant les autorités chaque année comme l'exige la *Loi Christopher* et a respecté les autres obligations qui lui sont imposées, au niveau fédéral, par la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10 (*LERDS*).

[10] G a introduit une requête afin de contester l'applicabilité de la *Loi Christopher* (et du registre fédéral, qui n'est pas en litige en l'espèce) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle en vertu de la partie XX.1 du *Code criminel* à l'égard d'infractions qui ont donné lieu à leur inscription au registre. D'après lui, le fait que les personnes dans sa situation ne puissent pas obtenir d'exemption ou être retirées du registre viole l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. La requête de G a été rejetée en première instance, mais son appel a été accueilli en partie.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297) (le juge Lederer)*

[11] S'appuyant sur la déposition du témoin expert du gouvernement, le juge de première instance a statué que, bien qu'il soit impossible de prédire avec certitude le risque de récidive à l'aide de données actuarielles, le risque de récidive d'une personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux n'est pas moins élevé que celui d'une personne déclarée coupable. Il a conclu que, du point de vue de l'évaluation du risque, il importe peu qu'une déclaration de culpabilité ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux soit prononcé à l'égard d'une infraction sexuelle, car les taux de récidive criminelle des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont beaucoup plus élevés que les taux de perpétration d'une première infraction chez les individus n'ayant aucun antécédent judiciaire.

[12] En ce qui concerne la réclamation fondée sur l'art. 7, le juge de première instance a reconnu que le droit à la liberté de G est mis en jeu, mais il a rejeté

person interest is engaged. Relying on the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409, at para. 106, that the registration and reporting requirements were “quite modest”, the application judge concluded that any deprivation of liberty is in accordance with the principles of fundamental justice.

[13] The application judge also found no violation of s. 15(1). He found that *Christopher’s Law* does not distinguish between those found NCRMD and those found guilty of an offence, either on the face of the law or in its impact. This is because the distinction between those found guilty and those found NCRMD is not found in *Christopher’s Law* and because the impact of *Christopher’s Law* is “modest”.

B. *Ontario Court of Appeal* (2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161) (*Doherty, van Rensburg and Hourigan J.J.A.*)

[14] On appeal, Doherty J.A. for a unanimous Court of Appeal upheld the application judge’s dismissal of G’s s. 7 argument. He agreed with the application judge that *Christopher’s Law* engages G’s liberty interest but not his security of the person interest. He also agreed that the deprivation of liberty conforms to the principles of fundamental justice, relying on the Court of Appeal’s prior decisions in *Dyck* and *R. v. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98.

[15] However, Doherty J.A. allowed the appeal on the basis of G’s s. 15(1) claim. He found that the effects of *Christopher’s Law* distinguish between convicted persons and persons found NCRMD on the basis of disability. Convicted persons, Doherty J.A. reasoned, can access mechanisms that allow them to avoid registration in the first place, to be relieved of reporting requirements, or to be removed from the registry. Persons found NCRMD cannot

son argument que c’était aussi le cas de son droit à la sécurité de sa personne. S’appuyant sur la conclusion tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Dyck*, 2008 ONCA 309, 90 O.R. (3d) 409, par. 106, voulant que les obligations de s’inscrire au registre et de se présenter devant les autorités soient [TRADUCTION] « assez minimales », le juge de première instance a conclu que toute privation de liberté est conforme aux principes de justice fondamentale.

[13] Le juge de première instance a également conclu à l’absence de violation du par. 15(1). Selon lui, la *Loi Christopher* ne crée pas, à première vue ou de par son effet, de distinction entre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et les personnes déclarées coupables d’une infraction. Il en est ainsi parce que la distinction entre les personnes déclarées coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne se trouve pas dans la *Loi Christopher* et parce que l’incidence de la loi est [TRADUCTION] « modeste ».

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161) (*les juges Doherty, van Rensburg et Hourigan*)

[14] En appel, le juge Doherty, au nom d’une formation unanime de la Cour d’appel, a confirmé le rejet, par le juge de première instance, de l’argument de G concernant l’art. 7. Il a convenu avec le juge de première instance que la *Loi Christopher* met en jeu le droit à la liberté de G, mais pas son droit à la sécurité de sa personne. Il a également convenu que la privation de liberté est conforme aux principes de justice fondamentale en s’appuyant sur les décisions antérieures de la Cour d’appel dans *Dyck* et *R. c. Long*, 2018 ONCA 282, 45 C.R. (7th) 98.

[15] Cependant, le juge Doherty a accueilli l’appel en se fondant sur la demande de G concernant le par. 15(1). Il a statué que la *Loi Christopher*, de par ses effets, crée des distinctions entre les personnes déclarées coupables et les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux du fait de leur déficience. Le juge Doherty a expliqué que les personnes déclarées coupables ont accès à des mécanismes qui leur permettent

access comparable “exit ramps”, even once they have been absolutely discharged. Doherty J.A. concluded that those distinctions are discriminatory because they foster the stereotypical idea that persons found NCRMD are inherently and perpetually dangerous.

[16] Doherty J.A. also concluded that the law violates the s. 15(1) right of those found NCRMD who receive an absolute discharge by failing to provide them with individualized treatment, citing *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625. Substantive equality, in his view, mandates that those found NCRMD and absolutely discharged have some opportunity for individualized assessment as a precondition for being subject to registry obligations.

[17] Because the law does not minimally impair equality rights, Doherty J.A. concluded that the s. 15(1) breaches are not justified under s. 1. There was no evidence the public safety objective of *Christopher’s Law* would be undermined by extending exemptions to persons found NCRMD who have been absolutely discharged. He reasoned that exemptions have already been extended to convicted persons without apparent damage to this objective.

[18] As to remedy, Doherty J.A. suspended the declaration of invalidity for 12 months to allow the legislature to determine the appropriate response. However, he exempted G from the suspension by ordering that he be immediately removed from and

d’éviter de s’inscrire initialement au registre, d’être dispensées des obligations de se présenter devant les autorités, ou d’être retirées du registre. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux n’ont pas accès à de telles [TRADUCTION] « voies de sortie », et ce, même après avoir obtenu une libération inconditionnelle. Le juge Doherty a conclu que ces distinctions sont discriminatoires, car elles alimentent le stéréotype selon lequel les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger.

[16] Citant l’arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, le juge Doherty a également conclu que la *Loi* porte atteinte au droit que confère le par. 15(1) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui obtiennent une libération inconditionnelle parce qu’elle ne leur procure pas un traitement individuel. À son avis, l’égalité réelle commande que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui bénéficient d’une libération inconditionnelle aient l’occasion d’être soumises à une évaluation individuelle avant de devoir se conformer aux obligations concernant le registre.

[17] Puisque la *Loi* ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits à l’égalité, le juge Doherty a conclu que les violations du par. 15(1) ne sont pas justifiées au regard de l’article premier. Rien ne prouvait que l’objectif de sécurité publique visé par la *Loi Christopher* serait miné si des dispenses étaient également accordées aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle. Le juge Doherty a en effet mentionné que des dispenses sont déjà accordées aux personnes déclarées coupables sans que cet objectif ne semble mis à mal.

[18] En ce qui a trait à la réparation, le juge Doherty a suspendu pour 12 mois l’effet de la déclaration d’invalidité afin de permettre à la législature d’arrêter les mesures qui s’imposent. Toutefois, il a exempté G de cette suspension en ordonnant qu’il

relieved of obligations under the registry. Doherty J.A. reached the same conclusions with respect to the federal sex offender regime under *SOIRA*; the Attorney General of Canada did not appeal the decision.

III. Issues

[19] The Attorney General of Ontario appeals the order declaring *Christopher's Law* to be without force or effect as it applies to those found NCRMD and absolutely discharged, as well as the order that G be immediately removed from and relieved of his obligations under the registry.

[20] The following issues, relating to whether the sex offender scheme infringes the rights of those found NCRMD, arise in this case:

- A. Does *Christopher's Law* violate s. 15(1)?
- B. If so, is it justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*?
- C. Does *Christopher's Law* violate s. 7?
- D. What is the appropriate remedy? Was the declaration of invalidity properly suspended for some period of time? If so, was G properly granted an individual exemption from that suspension?

[21] I begin by outlining the relevant aspects of *Christopher's Law* and Part XX.1 of the *Criminal Code*, then turn to the issues in this appeal.

IV. *Christopher's Law*

[22] *Christopher's Law* establishes a registry containing, among other things, the names, dates of birth, addresses, personal and business phone numbers, employers, descriptions, and photographs of

soit immédiatement retiré du registre et qu'il soit dispensé des obligations qui lui incombent à l'égard de celui-ci. Le juge Doherty est parvenu aux mêmes conclusions en ce qui a trait au régime fédéral régissant les délinquants sexuels créé par la *LERDS*; le procureur général du Canada n'a pas porté la décision en appel.

III. Questions en litige

[19] Le procureur général de l'Ontario interjette appel de l'ordonnance déclarant la *Loi Christopher* inopérante à l'endroit des personnes jugées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle, ainsi que de l'ordonnance selon laquelle G doit être immédiatement retiré du registre et dispensé des obligations qui lui incombent à l'égard de celui-ci.

[20] La présente affaire soulève les questions suivantes, lesquelles visent à établir si le régime d'enregistrement des délinquants sexuels porte atteinte aux droits des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux :

- A. La *Loi Christopher* viole-t-elle le par. 15(1)?
- B. Dans l'affirmative, la *Loi Christopher* se justifie-t-elle en tant que limite raisonnable au regard de l'article premier de la *Charte*?
- C. La *Loi Christopher* viole-t-elle l'art. 7?
- D. Quelle est la réparation appropriée? L'effet de la déclaration d'invalidité a-t-il été suspendu à juste titre pendant une certaine période? Dans l'affirmative, G a-t-il obtenu à bon droit une exemption individuelle de cette suspension?

[21] Je commencerai par exposer les aspects pertinents de la *Loi Christopher* et de la partie XX.1 du *Code criminel*, puis j'examinerai les questions qui sont en litige dans le présent pourvoi.

IV. *Loi Christopher*

[22] La *Loi Christopher* établit un registre où figurent notamment le nom, la date de naissance, l'adresse, les numéros de téléphone personnel et professionnel, le nom de l'employeur, la description

Ontario residents who have been convicted or found NCRMD in respect of a sexual offence, along with the sexual offence in question (s. 2; *Christopher's Law (Sex Offender Registry)*, 2000, O. Reg. 69/01 (*Christopher's Law Regulation*), s. 2).

[23] *Christopher's Law* imposes three distinct types of burdens on registrants. First, registrants must comply with initial reporting requirements that, broadly, apply upon release into the community. Second, registrants must continue to report at least once a year and within seven days of specified events, such as changing their addresses or names. Third, registrants' information persists in the registry, subject to removal only in the event that a registrant receives a free pardon (s. 9.1; *Christopher's Law Regulation*, s. 2(3)). I explain these burdens in more detail below.

[24] Registrants must present themselves in person at a police station or other designated place to comply with their initial reporting requirements within seven days of release from custody, release on parole, release following absolute or conditional discharge after being found NCRMD, and becoming resident in Ontario (s. 3(1); *Christopher's Law Regulation*, s. 1.2). This initial in-person reporting obligation takes 45-60 minutes to complete at a police station.

[25] Registrants must present themselves at least once a year to fulfil their ongoing reporting obligations (s. 3(1)(f) and (g)). They must provide a wide variety of information identified in the regulations, including their name and any present or past aliases, their addresses, their personal and business phone numbers, the name of their employers, their photograph, their physical description, their driver's licence number, their licence plate number, the

et la photographie des résidents de l'Ontario qui ont été déclarés coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'une infraction sexuelle, ainsi que l'infraction sexuelle en cause (art. 2; *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, Règl. de l'Ont. 69/01 (*Règlement de la Loi Christopher*), art. 2).

[23] La *Loi Christopher* impose trois fardeaux distincts aux délinquants. Premièrement, les délinquants sont tenus de se présenter pour la première fois devant les autorités et cette obligation s'applique, de façon générale, dès qu'ils sont mis en liberté dans la société. Deuxièmement, les délinquants sont tenus de continuer de se présenter devant les autorités au moins une fois par année et dans les sept jours suivant un changement précis de leur situation, comme un changement d'adresse ou de nom. Troisièmement, les renseignements sur les délinquants sont conservés dans le registre et ne peuvent être supprimés que lorsque les personnes enregistrées obtiennent un pardon absolu (art. 9.1; *Règlement de la Loi Christopher*, par. 2(3)). Ces fardeaux sont expliqués plus en détail ci-après.

[24] Les délinquants doivent se rendre en personne à un poste de police ou à un autre lieu désigné pour s'acquitter de leurs obligations de se présenter devant les autorités dans les sept jours suivants leur mise en liberté, leur mise en liberté conditionnelle ou leur libération inconditionnelle ou sous conditions après qu'ils ont été déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, et après qu'ils sont devenus des résidents de l'Ontario (par. 3(1); *Règlement de la Loi Christopher*, art. 1.2). La première fois qu'ils se présentent à un poste de police, il faut entre 45 et 60 minutes pour procéder à leur inscription au registre.

[25] Les délinquants doivent se présenter devant les autorités au moins une fois par année pour s'acquitter de leurs obligations continues (al. 3(1)f) et 3(1)g)). Ils sont tenus de fournir un grand nombre de renseignements énoncés dans le *Règlement*, tels que leur nom et leurs pseudonymes actuels et antérieurs, leur adresse, leurs numéros de téléphone personnel et professionnel, le nom de leur employeur, leur photographie, leur description physique, le numéro

characteristics of the car they regularly use, and the educational institutions in which they are enrolled (s. 3(2); *Christopher's Law Regulation*, s. 2). It takes 30-60 minutes to fulfil the annual reporting obligation. Registrants are also required to report every time they change their address, change their name, and become or cease to be an Ontario resident.

[26] Registrants must comply with the reporting obligations for 10 years if the maximum sentence for the sexual offence of which they were convicted or found NCRMD is 10 years or less (s. 7(1)(a)). They must comply for life if the maximum sentence is greater than 10 years or if they were convicted or found NCRMD of more than one sexual offence (s. 7(1)(b) and (c)).

[27] There is no reporting obligation for those who receive conditional or absolute discharges under s. 730 of the *Criminal Code*, because s. 730(3) deems those individuals not to have been convicted of the offence, and s. 3 of *Christopher's Law* only captures persons who have been convicted or found NCRMD of an offence.

[28] Under s. 7(4) of *Christopher's Law*, a registrant is no longer required to report upon receiving either a free pardon or a criminal record suspension. A free pardon deems the recipient to have never committed the offence of which they were convicted (*Criminal Code*, s. 748(3)). A free pardon may be granted either under the Crown's prerogative of mercy or under s. 748 of the *Criminal Code*. Historically, the prerogative of mercy and the free pardon, one of the remedies the prerogative can provide, have been exercised to correct wrongful convictions and to compassionately ameliorate the impacts of convictions (*Hinse v. Canada (Attorney General)*,

de leur permis de conduire, le numéro de leur plaque d'immatriculation, les caractéristiques du véhicule qu'ils utilisent régulièrement, et les établissements d'enseignement où ils sont inscrits (par. 3(2); *Règlement de la Loi Christopher*, art. 2). Il leur faut entre 30 et 60 minutes pour s'acquitter de ces obligations annuelles. Les délinquants doivent également se présenter devant les autorités chaque fois qu'ils changent d'adresse ou de nom et qu'ils deviennent ou cessent d'être des résidents de l'Ontario.

[26] Les délinquants sont tenus de se présenter devant les autorités pendant une période de 10 ans si la peine maximale prévue pour l'infraction sexuelle dont ils ont été déclarés coupables ou déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne dépasse pas 10 ans (al. 7(1)a)). Ils sont tenus de se présenter devant les autorités pendant le reste de leur vie si la peine maximale prévue dépasse 10 ans ou s'ils ont été déclarés coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux de plus d'une infraction sexuelle (al. 7(1)b) et c)).

[27] Les personnes qui obtiennent une absolution sous conditions ou une absolution inconditionnelle en vertu de l'art. 730 du *Code criminel* ne sont pas tenues de se présenter devant les autorités, car elles sont réputées ne pas avoir été condamnées à l'égard de l'infraction aux termes du par. 730(3), et seules les personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sont visées par l'art. 3 de la *Loi Christopher*.

[28] Selon le par. 7(4) de la *Loi Christopher*, le délinquant n'est plus tenu de se présenter devant les autorités lorsqu'il obtient un pardon absolu ou une suspension de son casier judiciaire. Lorsqu'un pardon absolu est accordé à une personne, celle-ci est par la suite réputée n'avoir jamais commis l'infraction dont elle avait été déclarée coupable (*Code criminel*, par. 748(3)). Un pardon absolu peut être accordé en vertu de la prérogative royale de clémence ou de l'art. 748 du *Code criminel*. Historiquement, la prérogative de clémence et le pardon absolu — l'une des réparations que l'on peut octroyer au titre de cette prérogative — étaient exercés pour corriger des

2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 28; G. T. Trotter, “Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy: Examining the Self-Defence Review” (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339). A record suspension is granted by the National Parole Board to those who have been convicted of an offence. Good conduct in the period since the end of imprisonment or probation is among the circumstances to be considered in granting a record suspension (*Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, ss. 4 and 4.1).

[29] Under s. 9.1 of *Christopher’s Law*, a registrant will be removed from the registry upon receiving a free pardon. At the time of G’s registration, s. 9.1 also provided that a registrant would be removed from the registry upon receiving what is now referred to as a record suspension. However, while a record suspension removes the reporting requirement, it no longer leads to removal from the registry (*Christopher’s Law (Sex Offender Registry) Amendment Act, 2011*, S.O. 2011, c. 8, ss. 1(1) and 6). Finally, there is no mechanism for removing registrants’ information upon a successful appeal, nor when they pass away. Instead, the registrant’s date of death is added to the registry (*Christopher’s Law Regulation*, s. 2(1) 10).

[30] Information contained in the registry can be disclosed to police forces within and outside Canada for crime prevention and law enforcement purposes, and disclosed publically by a chief of police or designate under certain circumstances (s. 10(2) and (3); *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 41(1.1) and (1.2)).

[31] Significantly, *Christopher’s Law* requires police forces to make reasonable efforts to verify an offender’s address at least once a year, which may

déclarations de culpabilité injustifiées et pour faire montre de compassion en améliorant les répercussions qu’ont les déclarations de culpabilité (*Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 28; G. T. Trotter, « Justice, Politics and the Royal Prerogative of Mercy : Examining the Self-Defence Review » (2001), 26 *Queen’s L.J.* 339). La Commission nationale des libérations conditionnelles accorde une suspension du casier aux personnes qui ont été déclarées coupables d’une infraction. La bonne conduite du délinquant depuis la fin de sa peine d’emprisonnement ou de sa période de probation fait partie des circonstances à prendre en compte au moment d’octroyer une suspension du casier judiciaire (*Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47, art. 4 et 4.1).

[29] Selon l’art. 9.1 de la *Loi Christopher*, un délinquant est retiré du registre lorsqu’il obtient un pardon absolu. Lorsque G a été inscrit au registre, l’art. 9.1 prévoyait également que les délinquants étaient retirés du registre lorsqu’ils obtenaient ce qu’on appelle maintenant une suspension du casier judiciaire. Aujourd’hui, les personnes dont le casier judiciaire a été suspendu ne sont certes plus tenues de se présenter devant les autorités, mais elles ne sont pas retirées du registre (*Loi de 2011 modifiant la Loi Christopher sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2011, c. 8, par. 1(1) et art. 6). Enfin, il n’existe aucun mécanisme permettant de supprimer les renseignements d’un délinquant du registre lorsqu’un appel est accueilli ou que le délinquant décède. La date de son décès est plutôt ajoutée au registre (*Règlement de la Loi Christopher*, par. 2(1) 10).

[30] Les renseignements contenus dans le registre peuvent être divulgués aux corps policiers du Canada ou d’ailleurs aux fins de prévention de la criminalité ou d’application de la loi, et ils peuvent être rendus publics par le chef de police ou la personne que celui-ci désigne dans certaines circonstances (par. 10(2) et 10(3); *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. P.15, par. 41(1.1) et (1.2)).

[31] Fait important, la *Loi Christopher* exige des corps de police qu’ils fassent des efforts raisonnables pour vérifier l’adresse d’un délinquant au moins

consist of attending at a registrant's home (s. 4(2)). It does not set limits on the number of checks that can be conducted for verification purposes and does not require police forces to give registrants notice of verification efforts.

[32] Registrants who fail to comply with *Christopher's Law* are subject to a maximum fine of \$25,000 or up to a year's imprisonment for a first offence and a maximum fine of \$25,000 or up to two years' imprisonment less a day for a subsequent offence (s. 11).

V. Criminal Code, Part XX.1

[33] Part XX.1 of the *Criminal Code* sets out the "assessment-treatment system" that applies to persons who are exempt from criminal responsibility and receive a verdict of NCRMD by virtue of ss. 16(1) and 672.34 (*Winko*, at para. 16). Part XX.1 provides for the establishment of provincial review boards, with the responsibility to hold hearings to determine whether to grant persons found NCRMD conditional or absolute discharges under s. 672.54.¹

[34] In *Winko*, at para. 20, this Court described the purposes of Part XX.1, a scheme founded on the "twin goals of fair treatment [for those found NCRMD] and public safety":

... the purpose of Part XX.1 is to replace the common law regime for the treatment of those who offend while mentally ill with a new approach emphasizing

¹ Though Part XX.1 also empowers courts to make such orders in certain circumstances, review boards are responsible for making the large majority of these orders (Department of Justice, Research and Statistics Division, *The Review Board Systems in Canada: An Overview of Results from the Mentally Disordered Accused Data Collection Study* (2006), at p. 2). That is why I refer to review boards throughout these reasons.

une fois par année, notamment en se rendant à son domicile (par. 4(2)). La *Loi* ne limite pas le nombre de vérifications qui peuvent être effectuées et n'exige pas que les corps de police avertissent les délinquants qu'ils procéderont à une vérification.

[32] Les délinquants qui ne se conforment pas à la *Loi Christopher* sont passibles d'une amende maximale de 25 000 \$ ou d'un emprisonnement maximal d'un an pour une première infraction et d'une amende maximale de 25 000 \$ ou d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour pour toute infraction subséquente (art. 11).

V. Partie XX.1 du Code criminel

[33] La partie XX.1 du *Code criminel* instaure le « système permettant d'évaluer » et de traiter les personnes non responsables criminellement qui ont obtenu un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux en application du par. 16(1) et de l'art. 672.34 (*Winko*, par. 16). La partie XX.1 prévoit aussi l'établissement de commissions d'examen provinciales, dont le mandat consiste à tenir des audiences afin de déterminer si une libération inconditionnelle ou conditionnelle doit être accordée aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux en vertu de l'art. 672.54¹.

[34] Dans l'arrêt *Winko*, au par. 20, notre Cour a décrit les objets de la partie XX.1, qui établit un régime fondé sur le « double objectif de traiter équitablement [les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux] et d'assurer la sécurité du public » :

... l'objet de la partie XX.1 vise à remplacer le système établi en common law pour le traitement des personnes qui commettent des infractions alors qu'elles sont

¹ Bien que la partie XX.1 confère également aux tribunaux le pouvoir d'accorder de telles libérations dans certaines circonstances, les commissions d'examen statuent sur cette question dans la grande majorité des cas (ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Les systèmes de commissions d'examen du Canada : survol des résultats de l'étude de la collecte de données sur les accusés atteints de troubles mentaux* (2006), p. 2). C'est pourquoi je parle de commissions d'examen dans les présents motifs.

individualized assessment and the provision of opportunities for appropriate treatment. . . . [The NCRMD finding] triggers a balanced assessment of the offender's possible dangerousness and of what treatment-associated measures are required to offset it. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1's goals of public protection and fairness to the NCR accused. [para. 43]

[35] Following a disposition or review hearing, a review board may order an absolute discharge, a conditional discharge, or a hospital detention (s. 672.54). In arriving at a disposition that is "necessary and appropriate in the circumstances", review boards must take into account the safety of the public, along with the mental condition of the person found NCRMD, their reintegration into society, and their other needs (s. 672.54). Conditions relating to treatment may only be included in a disposition if the accused consents to the condition (s. 672.55).

[36] In general, disposition hearings are held within 45 days of an NCRMD verdict, and disposition review hearings are held no more than 12 months after the most recent disposition or disposition review hearing (ss. 672.47 and 672.81).

[37] The review board *must* absolutely discharge any person found NCRMD unless it concludes, based on the evidence presented at the hearing, that the person poses a "significant risk of committing a serious criminal offence" (*Winko*, at para. 57; see also s. 672.54(a)). If the review board cannot make the required positive finding of significant risk, jurisdiction under Part XX.1 falls away — the criminal law cannot legitimately restrain that individual's liberty any further (*Winko*, at para. 33).

atteintes de troubles mentaux par un nouveau régime qui met l'accent sur l'évaluation individuelle et fournit la possibilité de recevoir un traitement approprié. [Le verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux] entraîne l'évaluation pondérée du risque que peut représenter le contrevenant et la détermination des mesures thérapeutiques qui s'imposent à cet égard. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l'accusé non responsable criminellement. [par. 43]

[35] Au terme d'une décision ou d'une audience de révision, une commission d'examen peut accorder une libération inconditionnelle ou une libération conditionnelle, ou ordonner la détention de l'accusé dans un hôpital (art. 672.54). Lorsqu'elle rend la décision qui est « nécessaire et indiquée dans les circonstances », la commission d'examen doit prendre en considération la sécurité du public, ainsi que l'état mental de la personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, sa réinsertion sociale et ses autres besoins (art. 672.54). Des conditions relatives à un traitement ne peuvent être incluses dans une décision que si l'accusé y consent (art. 672.55).

[36] En général, les audiences visant à arrêter la décision à rendre se tiennent dans les 45 jours suivant un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, et les audiences visant à procéder à la révision d'une décision se tiennent au plus tard 12 mois après la décision ou l'audience de révision la plus récente (art. 672.47 et 672.81).

[37] La commission d'examen *doit* absolument libérer toute personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux, sauf si elle conclut, sur la foi de la preuve présentée à l'audience, qu'il y a un « risque important que l'accusé commette une infraction criminelle grave » (*Winko*, par. 57; voir aussi l'al. 672.54a)). Si la commission d'examen ne peut pas conclure positivement que l'accusé représente un risque important, elle perd alors la compétence dont elle est investie par la partie XX.1 — le droit criminel ne peut légitimement pas restreindre davantage la liberté de l'accusé (*Winko*, par. 33).

[38] This constitutional imperative, coupled with the individualized review that the review board must undertake at least annually in every person's case, illustrate Part XX.1's rejection of "invidious" stereotypical notions that persons with mental illnesses are inherently dangerous (*Winko*, at paras. 35, 47 and 89). Risk cannot be assumed; it must be positively found. And it must be found based on evidence considered within an individualized assessment of a person's circumstances.

VI. Analysis

A. *Does Christopher's Law Infringe the Equality Rights of Those Found NCRMD?*

(1) General principles

[39] The equality guarantee has a powerful remedial purpose (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 3; see also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171). As Abella J. noted in *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, the "root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed" (para. 332) — though, of course, *historical* discrimination need not be demonstrated for a court to find that a law infringes s. 15(1). The equality guarantee seeks to prevent and remedy discrimination against groups subject to social, political, and legal disadvantage in Canadian society (*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 994; see also *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 54). It expresses a commitment to recognizing the essential, inalienable equal worth of all persons through the law (*Andrews*, at p. 171; *Eldridge*, at para. 54). In *Andrews*, the launching pad of the Court's *Charter* equality jurisprudence, McIntyre J. observed that the "worst oppression will result from discriminatory measures having the force

[38] Cet impératif constitutionnel, conjugué à l'évaluation individuelle que la commission d'examen doit effectuer au moins une fois par année dans tous les cas, montre que la partie XX.1 rejette le stéréotype « déplorable » selon lequel les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses (*Winko*, par. 35, 47 et 89). La commission d'examen ne peut supposer qu'il existe un risque; elle doit plutôt conclure positivement à l'existence d'un risque à partir de la preuve dont elle est saisie lorsqu'elle procède à une évaluation individuelle de la situation d'une personne.

VI. Analyse

A. *La Loi Christopher porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux?*

(1) Principes généraux

[39] La garantie d'égalité vise un puissant objet réparateur (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 3; voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171). Comme l'a fait remarquer la juge Abella dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, « [à] la base, l'art. 15 résulte d'une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu'il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination » (par. 332) — même s'il n'est évidemment pas nécessaire que la discrimination *historique* soit établie pour que le tribunal conclue qu'une loi enfreint le par. 15(1). La garantie d'égalité vise à prévenir la discrimination envers les groupes victimes de désavantages sociaux, politiques et juridiques dans la société canadienne et à remédier à cette discrimination (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 994; voir aussi *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 54). Cette garantie exprime un engagement à reconnaître l'essentielle et inaliénable égalité de valeur des personnes par le truchement de la loi (*Andrews*, p. 171; *Eldridge*, par. 54). Dans l'arrêt *Andrews*, la première décision de notre Cour

of law” (p. 172). The equality guarantee means that discriminatory laws will have no force at all.

[40] The Court asks two questions in determining whether a law infringes s. 15(1). First, does the challenged law, on its face or in its impact, draw a distinction based on an enumerated or analogous ground? If a law is facially neutral, it may draw a distinction indirectly where it has an adverse impact upon members of a protected group. Second, if it does draw a distinction, does it impose “burdens or [deny] a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating . . . disadvantage”, including “historical” disadvantage? (See *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at para. 22, citing *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20, and *Quebec v. A*, at paras. 323-24 and 327; see also *Quebec v. A*, at para. 332, *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paras. 25-28, and *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113, at paras. 27 and 30, per Abella J.)

[41] The first step — whether the law creates a distinction based on enumerated or analogous grounds — is not a preliminary merits test or “an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases” (*Quebec v. Alliance*, at para. 26). It is aimed at ensuring that those who access the protection of s. 15(1) are those it is designed to protect (*Alliance*, at para. 26). In cases involving laws that draw distinctions in their impact, the disproportionate impact on a protected group is enough — the disproportionate impact need not be *caused* by the protected ground (*Fraser*, at para. 70).

portant sur le droit à l’égalité que confère la *Charte*, le juge McIntyre a fait observer que la « pire forme d’oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi » (p. 172). La garantie d’égalité signifie que les lois discriminatoires n’auront aucune force.

[40] La Cour se pose deux questions lorsqu’elle est appelée à décider si une loi enfreint le par. 15(1). Premièrement, la loi contestée crée-t-elle, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? Une loi en apparence neutre peut créer indirectement une distinction si elle a un effet préjudiciable sur les membres d’un groupe protégé. Deuxièmement, dans l’affirmative, la loi contestée impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage », y compris le désavantage « historique » subi? (Voir *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, par. 22, citant *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20, et *Québec c. A*, par. 323-324 et 327; voir aussi *Québec c. A*, par. 332, *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 25-28, et *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113, par. 27 et 30, la juge Abella.)

[41] La première étape — que la loi crée ou non une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue — ne constitue ni une étape de filtrage initial sur le fond, ni « un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques » (*Québec c. Alliance*, par. 26). Son objectif consiste plutôt à faire en sorte que les personnes bénéficiant de la protection du par. 15(1) sont celles qu’il est censé protéger (*Alliance*, par. 26). Dans les cas où une loi crée une distinction de par son effet, il suffit que cette loi ait un effet disproportionné sur un groupe protégé — il n’est pas nécessaire que cet effet disproportionné ait été *causé* par le motif protégé (*Fraser*, par. 70).

[42] The second step asks whether the challenged law imposes a burden or denies a benefit in a manner that is discriminatory. Importantly, it does not matter to either step of the analysis whether the challenged law *created* the social, political or legal disadvantage of protected groups (*Centrale des syndicats*, at para. 32, citing *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 84 and 97; *Fraser*, at para. 71). If the law reinforces, perpetuates, or exacerbates their disadvantage, it violates the equality guarantee and thereby gives discrimination the force of law.

[43] The ultimate issue in s. 15(1) cases is whether the challenged law violates the animating norm of substantive equality (*Quebec v. A*, at para. 325, citing *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2; *Fraser*, at para. 42; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 14). Substantive equality focuses both steps of the s. 15(1) analysis on the concrete, material impacts the challenged law has on the claimant and the protected group or groups to which they belong in the context of their actual circumstances, including historical and present-day social, political, and legal disadvantage. An appreciation of the role substantive equality has played in our jurisprudence is necessary to understand why many of the arguments the Attorney General presented to this Court must be rejected.

[44] This Court’s conception of substantive equality has developed in opposition to formal equality approaches. Formal equality is limited to equality “before the law”, and sees equality as a principle fulfilled by “treating likes alike” (*Andrews*, at pp. 165-68 and 170; *Centrale des syndicats*, at para. 27). Formalist approaches to equality rights involve a “decontextualized application of objectified rules and definitions” that fails to account for, among others, conditions of material inequality, the concrete impacts that laws have on individuals and groups, and the manner in which individuals’ choices are embedded in their social and economic surroundings (S. McIntyre, “Answering the Siren Call of

[42] La deuxième étape consiste à se demander si la loi contestée impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière discriminatoire. Il est important de souligner que le fait que la loi contestée ait *créé* les désavantages sociaux, politiques et juridiques que subissent les groupes protégés ne change rien, que ce soit à la première ou à la deuxième étape de l’analyse (*Centrale des syndicats*, par. 32, citant *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 84 et 97; *Fraser*, par. 71). Si la loi renforce, perpétue ou accentue le désavantage subi, elle porte atteinte à la garantie d’égalité et donne donc force de loi à la discrimination.

[43] Dans les litiges mettant en cause le par. 15(1), la question ultime consiste à déterminer si la loi contestée transgresse la norme fondamentale d’égalité réelle applicable (*Québec c. A*, par. 325, citant *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2; *Fraser*, par. 42; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 14). Selon la norme d’égalité réelle, les deux étapes de l’analyse fondée sur le par. 15(1) doivent être axées sur les répercussions concrètes importantes qu’a la loi contestée sur le demandeur et le ou les groupes protégés auxquels il appartient dans leur situation réelle, ce qui comprend les désavantages sociaux, politiques et juridiques historiques ou actuels. Pour comprendre pourquoi bon nombre des arguments que le procureur général a invoqués devant notre Cour doivent être rejetés, il est nécessaire de reconnaître le rôle qu’a joué le principe de l’égalité réelle dans notre jurisprudence.

[44] La conception que se fait notre Cour de l’égalité réelle a évolué en opposition aux approches d’égalité formelle. L’égalité formelle se limite à l’égalité « devant la loi » et considère l’égalité comme un principe qui se réalise par « l’égalité de traitement des individus égaux » (*Andrews*, p. 165-168 et 170; *Centrale des syndicats*, par. 27). Les approches formalistes relatives aux droits à l’égalité consistent à [TRADUCTION] « appliquer des règles et des définitions objectives sans égard au contexte » qui ne tiennent pas compte de conditions telles que l’inégalité importante, les effets concrets qu’ont les lois sur les individus et les groupes, et la manière dont les choix des individus sont ancrés

Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination”, in F. Faraday, M. Denike and M. K. Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (2nd ed. 2009), 99, at p. 105; *Fraser*, at para. 89; *Quebec. v. A*, at para. 342, citing M. Young, “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15”, in S. Rodgers and S. McIntyre, eds., *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, at pp. 190-91 and 196).

[45] In *Andrews*, this Court interpreted the *Charter’s* broadly worded equality rights guarantee as a clear repudiation of the formalism that had dominated under the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, whose more limited equality guarantee was rendered ineffectual by narrow interpretation (p. 170). Recognizing that identical treatment may produce inequality and that different treatment may not always produce inequality, the Court properly highlighted the law’s impact on individual claimants and groups as the main consideration (pp. 164-65).

[46] Since then, the Court has remained vigilant in its jurisprudence in guarding the s. 15(1) analysis from incursions by formal equality approaches (see *Centrale des syndicats*, at paras. 25-26; *Withler*, at para. 43). To this end, it has eschewed a formalistic analysis based on “mirror comparator groups” because the search for the “proper” comparator group obscured the oppressive nature of some laws (*Withler*, at para. 2); it has rejected discriminatory intent as a necessary element of discrimination in favour of focusing on a law’s concrete impacts (*Eldridge*, at para. 62; *Andrews*, at p. 173); and it has held fast to the view that the adverse effects of a facially neutral law can constitute discrimination contrary to s. 15(1) (*Eldridge*, at paras. 77-78; *Andrews*, at p. 173).

dans le contexte socioéconomique dans lequel ils évoluent (S. McIntyre, « Answering the Siren Call of Abstract Formalism with the Subjects and Verbs of Domination », dans F. Faraday, M. Denike et M. K. Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (2^e éd. 2009), 99, p. 105; *Fraser*, par. 89; *Québec c. A*, par. 342, citant M. Young, « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 », dans S. Rodgers et S. McIntyre, dir., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, p. 190-191 et 196).

[45] Dans l’arrêt *Andrews*, notre Cour a interprété la garantie d’égalité formulée en termes larges dans la *Charte* comme un rejet clair du formalisme qui prévalait sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, dont la garantie d’égalité plus limitée avait été rendue inefficace en raison d’une interprétation restrictive (p. 170). Reconnaisant qu’un traitement identique peut engendrer des inégalités et qu’une différence de traitement ne produira pas forcément d’inégalité, notre Cour a souligné à juste titre que la principale considération doit être l’effet de la loi sur les demandeurs ou les groupes concernés (p. 164-165).

[46] Depuis, notre Cour a fait preuve de prudence dans ses décisions en protégeant l’analyse fondée sur le par. 15(1) des incursions des approches d’égalité formelle (voir *Centrale des syndicats*, par. 25-26; *Withler*, par. 43). À cette fin, elle a évité de procéder à une analyse formaliste fondée sur la « comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques » parce que la recherche du groupe de comparaison « approprié » écliprait la nature oppressive de certaines lois (*Withler*, par. 2). Elle a rejeté l’intention discriminatoire comme condition nécessaire à l’existence d’une discrimination et a préféré s’attarder aux effets concrets d’une loi (*Eldridge*, par. 62; *Andrews*, p. 173). Elle s’est aussi tenue fermement à l’idée que les effets préjudiciables d’une loi apparemment neutre peuvent constituer de la discrimination interdite par le par. 15(1) (*Eldridge*, par. 77-78; *Andrews*, p. 173).

[47] Emerging from the foundation laid in *Andrews*, substantive equality concerns itself with historical or current conditions of disadvantage, products of the persistent systemic discrimination that continues to oppress groups (*Fraser*, at para. 42). Substantive equality demands an approach “that looks at the full context, including the situation of the claimant group and . . . the impact of the impugned law” on the claimant and the groups to which they belong, recognizing that intersecting group membership tends to amplify discriminatory effects (*Centrale des syndicats*, at para. 27, quoting *Withler*, at para. 40) or can create unique discriminatory effects not visited upon any group viewed in isolation. It must remain closely connected to “real people’s real experiences” (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 53, per L’Heureux-Dubé J.): it must not be applied “with one’s eyes shut” (McIntyre, at p. 103). Further, as Wilson J. reasoned in *Andrews*, at p. 153: “It is consistent with the constitutional status of s. 15 that it be interpreted with sufficient flexibility to ensure the ‘unremitting protection’ of equality rights in the years to come.”

(2) Distinction Based on the Enumerated Ground of Mental Disability

[48] The first step is to identify a distinction made on the face of the law or in its impact based on an enumerated or analogous ground.

[49] The Attorney General submits before this Court that *Christopher’s Law* does not draw a distinction by denying those found NCRMD access to exit ramps. The Attorney General says the denial of a benefit to those found NCRMD results from distinctions drawn by the federal legislation, which is outside the Ontario legislature’s control.

[47] L’égalité réelle, laquelle ressort des fondements établis dans l’arrêt *Andrews*, s’intéresse aux conditions antérieures ou actuelles qui causent des désavantages et qui sont le résultat de la discrimination systémique qui continue d’opprimer des groupes (*Fraser*, par. 42). L’égalité réelle commande l’adoption d’une démarche « qui tienne compte du contexte dans son ensemble, y compris la situation du groupe de demandeurs et [l’effet de] la mesure législative contestée » sur le demandeur et les groupes auxquels il appartient, et qui reconnaisse également que l’appartenance à plusieurs groupes tend à accentuer les effets discriminatoires d’une mesure législative (*Centrale des syndicats*, par. 27, citant *Withler*, par. 40), ou peut créer des effets discriminatoires uniques qui ne sont ressentis par aucun groupe examiné de façon isolée. L’égalité réelle doit demeurer étroitement liée aux « véritables expériences que vivent les gens ordinaires » (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 53, la juge L’Heureux-Dubé) : elle ne doit donc pas être appliquée [TRADUCTION] « les yeux fermés » (McIntyre, p. 103). De plus, comme l’a expliqué la juge Wilson à la p. 153 de l’arrêt *Andrews* : « Il est conforme au statut constitutionnel de l’art. 15 qu’il soit interprété avec suffisamment de souplesse pour assurer la “protection constante” des droits à l’égalité dans les années à venir. »

(2) Distinction fondée sur le motif énuméré de la déficience mentale

[48] La première étape consiste à établir l’existence d’une distinction qui a été créée à première vue par la loi ou de par son effet sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue.

[49] Le procureur général fait valoir devant notre Cour que la *Loi Christopher* ne crée pas de distinction en empêchant les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’avoir accès à des voies de sortie. Le procureur général affirme que ce sont les distinctions établies par les lois fédérales, sur lesquelles le législateur ontarien n’a aucun contrôle, qui privent les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’un avantage.

[50] Here, there are clear distinctions drawn based on the enumerated ground of mental disability. Offenders found guilty can be exempted from having to report and register in the first place by receiving a discharge in their sentencing hearing. Convicted registrants can be removed from the registry by receiving a free pardon, and can be relieved of the obligation to continue to report upon receipt of a free pardon or record suspension. A discharge, as a possible result of a sentencing hearing, is necessarily tailored to the individual circumstances of the accused (see *R. v. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16, at para. 27). Both free pardons and record suspensions are granted following some assessment of the offender's individual circumstances. These existing mechanisms, as they apply to those found guilty, provide opportunities, based on some level of individualized assessment, for exemption, removal, or relief from the sex offender registry. But there is no way for those found NCRMD to be exempted from having to report and register, to be removed from the registry once they have been put on it, or to be relieved of the obligation of continuing to report.

[51] These distinctions flow from the manner in which *Christopher's Law* interacts with federal legislation, including the *Criminal Code* and *Criminal Records Act*. However, legislation does not exist in a vacuum — *Christopher's Law* imposes a scheme of obligations on persons convicted of or found NCRMD in respect of sexual offences. It is layered on top of the consequences of findings made under the *Criminal Code* by design. Even if the legislature made these distinctions inadvertently, a substantive equality analysis considers distinctions that are unintentional or result from the law's interaction with other statutes or circumstances. These are core lessons of this Court's jurisprudence (*Fraser*,

[50] En l'espèce, des distinctions claires ont été faites sur le fondement du motif énuméré qu'est la déficience mentale. Les personnes déclarées coupables peuvent être dispensées au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités afin de s'inscrire au registre si elles obtiennent une absolution lors de leur audience de détermination de la peine. Les personnes déclarées coupables peuvent être retirées du registre si elles obtiennent un pardon absolu, et elles peuvent être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter devant les autorités si elles obtiennent un pardon absolu ou une suspension de leur casier judiciaire. L'absolution, qui est l'une des issues possibles lors de l'audience de détermination de la peine, est nécessairement adaptée à la situation personnelle de l'accusé (voir *R. c. Campbell*, 2013 BCCA 43, 334 B.C.A.C. 16, par. 27). Le pardon absolu et la suspension du casier sont accordés à la suite d'une évaluation de la situation personnelle du délinquant. Ces mécanismes existants, qui s'appliquent aux personnes déclarées coupables, permettent aux délinquants d'être dispensés de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels, d'être retirés du registre ou d'être dispensés de l'obligation de se présenter devant les autorités après avoir fait l'objet d'un certain niveau d'évaluation individuelle. Toutefois, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne peuvent pas être dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités pour s'inscrire au registre, ne peuvent pas être retirées du registre après y avoir été inscrites et ne peuvent pas être dispensées de l'obligation de continuer de se présenter devant les autorités.

[51] Ces distinctions découlent de la manière dont la *Loi Christopher* interagit avec les lois fédérales, comme le *Code criminel* et la *Loi sur le casier judiciaire*. Cependant, les lois n'existent pas dans l'abstrait — la *Loi Christopher* impose un régime d'obligations aux personnes déclarées coupables ou non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles. Ces obligations s'ajoutent aux conséquences des conclusions qui sont tirées en application du *Code criminel* de par leur conception. Même si le législateur a créé ces distinctions par inadvertance, les distinctions qui ne sont pas intentionnelles ou qui découlent de l'interaction d'une loi avec d'autres

at paras. 31-34, 41-47 and 69; *Andrews*, at p. 173; *Eldridge*, at paras. 62 and 77-78). The combined effect of multiple statutes is particularly important for those with mental illnesses, as their lives are often regulated by what the intervener, the Canadian Mental Health Association, Ontario, calls a “complex web of statutes and regulations” (I.F., at para. 7).

[52] Here, it is determinative that those found NCRMD have *no opportunity* to be exempted from initial registration, removed from the registry, or relieved of the obligation to report, whereas opportunities for exemption, removal, and relief are available to those found guilty of the same offences. This distinction arises precisely because of the NCRMD regime. NCRMD individuals are plainly subjected to different treatment based on the enumerated ground of mental disability.

[53] The Attorney General argues that the distinction identified — the lack of removal or exemption mechanisms — could be cured by removing those mechanisms for *all* individuals, so those found criminally responsible for sexual offences are treated the same as those found NCRMD.

[54] Such a proposal invites at least two other constitutional concerns.

[55] First, the s. 15(1) analysis is not merely concerned with formal distinctions apparent on the face of a law. Eliminating overt distinctions may not amount to eliminating all relevant distinctions. Thus, I cannot accept the premise on which the Attorney General’s argument appears to rest — that withholding exit ramps from all persons to whom *Christopher’s Law* applies would *necessarily* be

lois ou circonstances sont prises en compte dans l’analyse de l’égalité réelle. Ce sont là des leçons de base que l’on peut tirer de la jurisprudence de notre Cour (*Fraser*, par. 31-34, 41-47 et 69; *Andrews*, p. 173; *Eldridge*, par. 62 et 77-78). L’effet combiné de nombreuses lois est particulièrement important pour les personnes souffrant de troubles mentaux, car leur vie est souvent réglementée par ce que l’intervenante, l’Association canadienne pour la santé mentale, Ontario, appelle un [TRADUCTION] « ensemble complexe de lois et de règlements » (m.i., par. 7).

[52] En l’espèce, l’*impossibilité* pour les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre, d’être retirées du registre ou d’être dispensées de l’obligation de se présenter devant les autorités, alors que de telles possibilités sont offertes aux personnes déclarées coupables des mêmes infractions, est déterminante. Cette distinction est précisément imputable au régime de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux font clairement l’objet d’une différence de traitement fondée sur le motif énuméré de la déficience mentale.

[53] Le procureur général soutient qu’il est possible d’éliminer la distinction qui a été faite — soit l’absence de mécanismes de retrait ou de dispense — en supprimant complètement ces mécanismes pour *tous* les individus, pour que les personnes déclarées responsables criminellement soient traitées de la même manière que celles déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux.

[54] Une telle proposition soulève au moins deux autres questions constitutionnelles.

[55] En premier lieu, l’analyse fondée sur le par. 15(1) ne s’intéresse pas uniquement aux distinctions formelles qui ressortent du libellé d’une loi. Éliminer des distinctions évidentes ne permettra peut-être pas d’éliminer toutes les distinctions pertinentes. Je ne peux donc pas accepter la prémisse sur laquelle semble reposer l’argument du procureur général selon lequel l’élimination des voies de

consistent with s. 15(1). It does not follow inexorably from the fact that all who are subject to the sex offender registry would be treated the same on the face of the law that the law would not impose a heavier burden on persons found NCRMD.

[56] Second, eliminating all removal and exemption mechanisms would invite the concern that such a scheme could fail s. 7 scrutiny in respect of all registrants. Of course, the Court need not address this hypothetical situation: whether the existing regime as it applies to those found guilty is compatible with s. 7 of the *Charter* is beyond the scope of this appeal.

(3) Discrimination

[57] Step two of the s. 15(1) analysis asks whether the distinction drawn is a discriminatory one, that is, “whether it imposes burdens or denies benefits in a way that reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage” (*Centrale des syndicats*, at para. 30).

[58] The Attorney General argues that *Christopher’s Law* includes persons found NCRMD in the registry based on actuarial data about risk, and therefore does not stereotype them. Highlighting that pardons and record suspensions are inappropriate for persons found NCRMD, who have not been convicted of a crime, the Attorney General submits that Doherty J.A. erred in finding that a process of individualized assessment is constitutionally required by s. 15(1). The Attorney General argues that the comparatively modest impact of the registry on individuals should allow the government to proceed based on statistical generalizations.

sortie pour toutes les personnes qui sont assujetties à la *Loi Christopher* serait nécessairement conforme au par. 15(1). Le fait que toutes les personnes qui sont tenues de s’inscrire au registre des délinquants sexuels seraient traitées de la même façon au regard de la loi ne signifie pas inexorablement que la loi n’imposerait pas un fardeau plus lourd aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux.

[56] En deuxième lieu, l’élimination de tous les mécanismes de retrait et de dispense susciterait la crainte qu’une telle façon de faire échoue à l’examen fondé sur l’art. 7 relativement à tous les délinquants. Bien entendu, la Cour n’a pas à se pencher sur cette situation hypothétique, car la question de savoir si le régime qui s’applique actuellement aux personnes déclarées coupables est compatible avec l’art. 7 de la *Charte* déborde le cadre du présent pourvoi.

(3) Discrimination

[57] À la deuxième étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), il s’agit de savoir si la distinction qui est créée est discriminatoire, c’est-à-dire « si elle impose un fardeau ou [...] nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage subi » (*Centrale des syndicats*, par. 30).

[58] Le procureur général soutient que la *Loi Christopher* oblige les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à s’inscrire au registre compte tenu des données actuarielles sur le risque qu’elles représentent et ne leur impose donc aucun stéréotype. Soulignant qu’il ne convient pas d’accorder un pardon ou une suspension du casier judiciaire aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, qui n’ont pas été déclarées coupables d’un crime, le procureur général fait valoir que le juge Doherty a conclu à tort que le par. 15(1) commande, sur le plan constitutionnel, un processus d’évaluation individuelle. Le procureur général soutient également que l’incidence relativement minime qu’a le registre sur les délinquants devrait permettre au gouvernement d’agir en s’appuyant sur des généralisations statistiques.

[59] G supports Doherty J.A.’s analysis. He submits that, by denying those found NCRMD access to exit ramps, *Christopher’s Law* effectively presumes that those found NCRMD have no prospect for rehabilitation and accordingly perpetuates disadvantage and negative stereotypes about persons with mental illness. Ontario has decided to subject persons found NCRMD of sexual offences to the registry, so G says it must consider the needs and circumstances of that group.

[60] I have no difficulty concluding that the denial of exit ramps to those found NCRMD and discharged is discriminatory.

[61] In our society, persons with disabilities regrettably “face recurring coercion, marginalization, and social exclusion” (R. Devlin and D. Pothier, “Introduction: Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship”, in D. Pothier and R. Devlin, eds., *Critical Disability Theory: Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law* (2006), 1, at p. 1). As this Court has recognized, “[t]his historical disadvantage has to a great extent been shaped and perpetuated by the notion that disability is an abnormality or flaw” (*Eldridge*, at para. 56). In reality, persons with disabilities are not flawed, nor can they all be painted with the same brush. While they may share experiences of “[s]tigma, discrimination, and imputations of difference and inferiority” (D. Wasserman et al., “Disability: Definitions, Models, Experience” in E. N. Zalta et al., eds., *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2016) (online), at §3.2), diversity within those labelled disabled is not the exception but the rule (see, e.g., E. Barnes, *The Minority Body: A Theory of Disability* (2016), at p. 9). Section 15’s promise of respect for “the equal worth and human dignity of all persons” (*Eldridge*, at para. 54) requires that those with disabilities be considered and treated as worthy and afforded dignity in their plurality. And s. 15’s guarantee that discrimination not be

[59] G est d’accord avec l’analyse du juge Doherty. Il affirme que, en refusant des voies de sortie aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, la *Loi Christopher* présume effectivement que ces personnes n’ont aucune possibilité de réadaptation, et elle a donc pour effet de perpétuer le désavantage et les stéréotypes négatifs que subissent les personnes souffrant de troubles mentaux. Selon lui, puisque l’Ontario a décidé d’exiger que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’infractions sexuelles s’inscrivent au registre, elle doit prendre en compte les besoins et la situation de ce groupe.

[60] Je n’ai aucun mal à conclure que le refus d’accorder des voies de sortie aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération est discriminatoire.

[61] Dans notre société, les personnes handicapées [TRADUCTION] « font [malheureusement] l’objet de coercion récurrente, de marginalisation et d’exclusion sociale » (R. Devlin et D. Pothier, « Introduction : Toward a Critical Theory of Dis-Citizenship », dans D. Pothier et R. Devlin, dir., *Critical Disability Theory : Essays in Philosophy, Politics, Policy, and Law* (2006), 1, p. 1). Comme notre Cour l’a reconnu, « [c]e désavantage historique a, dans une large mesure, été créé et perpétué par l’idée que la déficience est une anomalie ou un défaut » (*Eldridge*, par. 56). En réalité, les personnes handicapées ne sont pas anormales, et elles ne peuvent pas non plus être toutes considérées de la même façon. Bien que [TRADUCTION] « [l]a stigmatisation, la discrimination et les insinuations suivant lesquelles ces personnes sont différentes et inférieures » soient tous des phénomènes que peuvent avoir vécus les personnes handicapées (D. Wasserman et autres, « Disability : Definitions, Models, Experience » dans E. N. Zalta et autres, dir., *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2016) (en ligne), §3.2), la diversité parmi les personnes dites handicapées ne constitue pas l’exception, mais bien la règle (voir, p. ex., E. Barnes, *The Minority Body : A Theory of Disability* (2016), p. 9). L’article 15

given the force of law requires careful attention to the diverse impacts that government action will have on those with disabilities.

[62] The stereotyping, exclusion, and marginalization experienced by persons with disabilities is also visited on those with mental illnesses (P. Bracken and P. Thomas, *Postpsychiatry* (2005), at pp. 79-100). The prejudicial idea that those with mental illnesses are inherently and perpetually dangerous, along with other stigmatizing, prejudicial notions, has led to profound disadvantage for individuals living with mental illnesses (*Winko*, at paras. 35-37; *Swain*, at p. 994; P. W. Corrigan and A. C. Watson, “Understanding the impact of stigma on people with mental illness” (2002), 1 *World Psychiatry* 16). This disadvantage has deep historical roots (H. Stuart, J. Arboleda-Flórez and N. Sartorius, *Paradigms Lost: Fighting Stigma and the Lessons Learned* (2012), at pp. 103-11):

Mental illnesses are not like other illnesses, because they regularly cause people to lose their rights and freedoms in ways that are unimaginable in other health conditions

Historically, the care of the mentally ill has been deplorable. During the great confinement in the early part of the 1800s, hospital officials in Europe had the authority to round up and imprison people who were mentally ill (termed then madmen and idiots), along with beggars, vagabonds, criminals, the unemployed, and other undesirable. The characterization of the mentally ill as wild beasts justified their forcible confinement and social banishment. [Emphasis deleted; p. 103.]

exprime une promesse de respect envers « l'égalité et la dignité de tous les êtres humains » (*Eldridge*, par. 54) qui exige que les personnes handicapées soient considérées et traitées comme des personnes dignes et qu'elles aient droit à la dignité dans leur pluralité. De plus, la garantie de l'art. 15 — à savoir que la discrimination ne se voie accorder force de loi — exige qu'une attention particulière soit accordée aux diverses répercussions qu'auront les actes de l'État sur les personnes handicapées.

[62] Tout comme les personnes handicapées, les personnes souffrant de troubles mentaux font l'objet de stéréotypes, sont exclues et sont marginalisées (P. Bracken et P. Thomas, *Postpsychiatry* (2005), p. 79-100). L'idée préconçue selon laquelle les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger, de même que les autres stigmatisés et préjugés à leur égard, ont eu pour effet d'imposer un désavantage considérable à ces personnes (*Winko*, par. 35-37; *Swain*, p. 994; P. W. Corrigan et A. C. Watson, « Understanding the impact of stigma on people with mental illness » (2002), 1 *World Psychiatry* 16). Ce désavantage est d'ailleurs profondément enraciné dans l'histoire (H. Stuart, J. Arboleda-Flórez et N. Sartorius, *Paradigms Lost : Fighting Stigma and the Lessons Learned* (2012), p. 103-111) :

[TRADUCTION] Les troubles mentaux se distinguent des autres maladies, car les personnes souffrant de troubles mentaux perdent régulièrement les droits et les libertés qui leur sont conférés d'une manière qui serait inimaginable si elles souffraient d'un autre problème de santé [. . .]

Par le passé, les soins fournis aux personnes souffrant de troubles mentaux étaient déplorables. Pendant l'internement de masse du début des années 1800, les autorités hospitalières européennes avaient le pouvoir de rassembler et d'emprisonner les personnes qui souffraient de troubles mentaux (et que l'on qualifiait alors de fous et d'idiots) avec les mendiants, les vagabonds, les criminels, les personnes sans emploi et d'autres indésirables. Le fait que les personnes souffrant de troubles mentaux étaient qualifiées de bêtes sauvages justifiait qu'elles soient placées en internement forcé et exclues de la société. [Soulignement supprimé; p. 103.]

[63] Though the early 19th century's most abhorrent treatment of those with mental illnesses has been left behind, stigmatizing attitudes persist in Canadian society to this day (H. Stuart et al., "Stigma in Canada: Results from a Rapid Response Survey" (2014), 59 *Can. J. Psychiatry* S27). As Stuart, Arboleda-Flórez, and Sartorius observe, "perceptions of violence and risk of violence are central to . . . support for coercive treatments, legislative solutions, and justifications for social inequities and injustices" (p. 108). While discriminatory attitudes and impacts against those with mental illnesses regrettably persist, they must not be given the force of law (*Andrews*, at p. 172).

[64] The Attorney General submits that the distinctions drawn by *Christopher's Law* are not discriminatory because they are based on statistical generalizations and "empirical fact" and impose only "modest" impacts on registrants. I cannot agree. The relevant question is whether *Christopher's Law* imposes burdens or denies benefits in a manner that reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage. There is no threshold requirement of severity.

[65] The distinctions drawn by *Christopher's Law* reinforce and further the stigmatizing idea that those with mental illness are inherently and permanently dangerous and, in so doing, perpetuate the disadvantage they experience. As Doherty J.A. recognized, they "reflec[t] an assumption that persons who committed criminal acts while NCRMD do not change, but rather pose the same ongoing and indeterminate risk they posed at the time of the offence" (C.A. reasons, at para. 122).

[66] In addition to being stigmatized as dangerous, forced compliance with registry requirements, as the intervenor the Empowerment Council notes,

[63] Même si les traitements les plus odieux dont les personnes atteintes de troubles mentaux ont fait l'objet au début du 19^e siècle sont chose du passé, certaines attitudes stigmatisantes subsistent encore à ce jour au sein de la société canadienne (H. Stuart et autres, « Stigma in Canada : Results from a Rapid Response Survey » (2014), 59 *Rev. can. psychiatrie* S27). Comme l'ont fait observer Stuart, Arboleda-Flórez et Sartorius, les [TRADUCTION] « perceptions [. . .] à l'égard de la violence et le risque de violence jouent un rôle primordial dans [le] soutien des traitements coercitifs, des solutions législatives et des justifications des inégalités et des injustices sociales » (p. 108). Bien que des attitudes et des effets discriminatoires subsistent malheureusement à l'égard des personnes souffrant de troubles mentaux, ils ne doivent pas avoir force de loi (*Andrews*, p. 172).

[64] Le procureur général soutient que les distinctions créées par la *Loi Christopher* ne sont pas discriminatoires parce qu'elles reposent sur des généralisations statistiques et des [TRADUCTION] « faits empiriques » et qu'elles ont seulement des répercussions « minimales » sur les délinquants. Je ne puis être d'accord. La question pertinente est de savoir si la *Loi Christopher* impose des fardeaux ou nie des avantages d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage. Il n'y a aucune condition préliminaire de sévérité.

[65] Les distinctions créées par la *Loi Christopher* renforcent et accentuent l'idée stigmatisante selon laquelle les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses et présenteront toujours un danger et, ce faisant, ces distinctions perpétuent le désavantage que subissent ces personnes. Comme l'a reconnu le juge Doherty, ces distinctions [TRADUCTION] « laisse[nt] entendre que les personnes qui commettent des actes criminels alors qu'elles sont non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ne changeront pas, mais continueront plutôt de présenter le même risque qu'elles possédaient au moment de l'infraction, et ce, pendant une période indéterminée » (motifs de la C.A., par. 122).

[66] En plus de l'idée préconçue selon laquelle elles sont dangereuses, le fait d'exiger que les personnes déclarées non responsables criminellement

can also contribute to a “double stigma” for those found NCRMD, as a result of being considered both “mentally ill” and a “sexual offender” (*R. v. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215, at paras. 18, 43, 59 and 84; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, at para. 31).

[67] The law thus imposes a burden on people found NCRMD in a manner that violates the norm of substantive equality in two respects: the law itself invokes prejudicial and stereotypical views about persons with mental illnesses, feeding harmful stigma; and the law puts those found NCRMD in a worse position than those found guilty. Both effects perpetuate the historical and enduring disadvantage experienced by persons with mental illnesses.

[68] For G, being denied access to exemption and removal mechanisms based on individualized assessment means that he will be registered as a sex offender for the rest of his life; he may be subject to random police checks and will have to report at least annually for the rest of his life; and his information will never be removed from the registry, even after death, no matter what he does. His NCRMD finding, absolute discharge, spotless compliance record, consistent employment, strong family relationships — none of that matters. By withholding exit ramps, *Christopher’s Law* signals that the law considers G a perpetual threat to the public. That the state will not take its eyes off G suggests that, in the opinion of the law, he will always be dangerous.

pour cause de troubles mentaux s’acquittent de leurs obligations relatives au registre peut, comme l’a fait remarquer l’intervenant Empowerment Council, contribuer à leur [TRADUCTION] « double stigmatisation » parce qu’elles sont considérées à la fois comme des « personne[s] atteinte[s] de troubles mentaux » et des « délinquant[s] sexuel[s] » (*R. c. C.C.*, 2007 ABPC 337, 435 A.R. 215, par. 18, 43, 59 et 84; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, par. 31).

[67] La loi impose donc un fardeau aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d’une manière qui transgresse la norme d’égalité réelle de deux façons : d’une part, la loi elle-même applique des préjugés et des stéréotypes envers les personnes souffrant de troubles mentaux, ce qui alimente la stigmatisation préjudiciable; d’autre part, la loi place les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux dans une situation pire que celle des personnes déclarées coupables. Ces deux effets perpétuent donc le désavantage historique que continuent de subir les personnes souffrant de troubles mentaux.

[68] Pour G, le fait qu’il n’a pas accès aux mécanismes de dispense et de retrait qui sont offerts aux délinquants à la suite d’une évaluation individuelle signifie qu’il sera un délinquant sexuel enregistré pour le reste de sa vie, qu’il peut faire l’objet de vérifications aléatoires des corps de police et qu’il devra se présenter devant les autorités au moins une fois par année pour le reste de sa vie, et que ses renseignements ne seront jamais retirés du registre, même après sa mort, peu importe ce qu’il fait. Son verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, sa libération inconditionnelle, le fait qu’il se soit toujours acquitté de ses obligations, qu’il ait un emploi stable et qu’il entretienne des liens solides avec les membres de sa famille n’ont aucune importance. En lui refusant des voies de sortie, la *Loi Christopher* indique que G est, aux yeux de la loi, une menace perpétuelle pour le public. Le fait que l’État continuera d’exercer une surveillance sur lui laisse entendre qu’il sera toujours dangereux du point de vue de la loi.

[69] The Attorney General’s argument that government’s intention not to stereotype is relevant to the s. 15(1) analysis betrays a profound misunderstanding of equality rights — which protect substantive equality. As this Court has repeatedly said, “a discriminatory purpose or intention is not a necessary condition of a s. 15(1) violation” (*Eldridge*, at para. 62; *Quebec v. A*, at paras. 328-29 and 331-33). As Abella J. held in *Quebec v. A*, if the impugned measure “widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society” or reinforces, perpetuates, or exacerbates historical disadvantage, then it is discriminatory (para. 332; *Quebec v. Alliance*, at para. 25). The question is not whether there is some legitimate basis upon which the distinction exists or “widens the gap” (see *Fraser*, at paras. 79-80 and 177). That is relevant only to the proportionality analysis under s. 1 of the *Charter*. The focus is on the law’s real impact on the claimant and the groups to which they belong (*Withler*, at para. 2).

[70] In sum, *Christopher’s Law* infringes s. 15(1) of the *Charter* by requiring those found NCRMD to comply with the sex offender registry without providing them with opportunities for exemption and removal based on individualized assessment. While the opportunities for exemption and removal that exist for those found guilty involve some kind of individualized assessment, I need not determine the nature or extent of the opportunities that must be provided for those found NCRMD. That is not a determination to be made in the abstract — subject to the requirements of the *Charter*, the legislature may choose from a range of policy options.

B. *Is Christopher’s Law a Reasonable Limit on Equality Rights?*

[71] The Attorney General must establish, on a balance of probabilities, that the infringement of

[69] L’argument du procureur général selon lequel l’intention du gouvernement de ne pas stéréotyper les gens est pertinente pour l’analyse fondée sur le par. 15(1) trahit une incompréhension profonde des droits à l’égalité — qui protègent l’égalité réelle. Comme notre Cour l’a dit à maintes reprises, « l’existence d’un but ou d’une intention discriminatoire [n’est] pas une condition nécessaire à l’existence d’une atteinte au par. 15(1) » (*Eldridge*, par. 62; *Québec c. A*, par. 328-329 et 331-333). Ainsi que la juge Abella l’a expliqué dans l’arrêt *Québec c. A*, si la mesure législative contestée a « pour effet d’élargir [...] l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société » ou si elle renforce, perpétue ou accentue le désavantage historique subi, elle est alors discriminatoire (par. 332; *Québec c. Alliance*, par. 25). La question n’est pas de savoir s’il y a un motif légitime pour lequel la distinction existe ou a « pour effet d’élargir [...] l’écart » (*Fraser*, par. 79-80 et 177). Cette question n’est pertinente que pour l’analyse de la proportionnalité au regard de l’article premier de la *Charte*. L’attention doit porter sur l’incidence réelle d’une mesure législative sur le demandeur et les groupes auxquels il appartient (*Withler*, par. 2).

[70] En somme, la *Loi Christopher* enfreint le par. 15(1) de la *Charte* en exigeant des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qu’elles s’inscrivent au registre des délinquants sexuels sans leur offrir la possibilité d’être dispensées des obligations qui leur incombent et d’être retirées du registre à la suite d’une évaluation individuelle. Bien que les mécanismes de dispense et de retrait actuellement offerts aux personnes déclarées coupables prévoient la réalisation d’une évaluation individuelle, je n’ai pas à déterminer la nature ou la portée des mécanismes qui doivent être mis à la disposition des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Cette décision ne peut être prise dans l’abstrait puisque, tant qu’il se conforme à la *Charte*, le législateur peut choisir parmi une gamme d’options stratégiques.

B. *La Loi Christopher constitue-t-elle une limite raisonnable aux droits à l’égalité?*

[71] Le procureur général doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que la contravention au

s. 15(1) is justified under s. 1. First, there must be a pressing and substantial objective for the infringing measure. Second, the infringing measure must not disproportionately interfere with s. 15(1) rights in furtherance of that objective. The second part of the *Oakes* test has three parts. The state must demonstrate the infringement is rationally connected to the objective, the means chosen to further the objective interfere as little as reasonably possible with the s. 15(1) right, and the benefits of the infringing measure outweigh its negative effects (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-40; *Vriend*, at paras. 109-10; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 48, 53 and 76-78).

[72] The Attorney General's burden is not to establish that the legislative scheme as a whole is a reasonable limit on s. 15(1) that can be demonstrably justified in a free and democratic society, but to justify the *infringing measure itself*. As this Court has underscored, "it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20). The objective of the infringing measure is thus the proper focus of the analysis; however, it may be necessary to situate the infringing measure in the context of the broader legislative scheme to understand the limitation's function (*Vriend*, at para. 111).

[73] The parties agree that the purpose of *Christopher's Law* is to assist in the investigation and prevention of sexual offences. G concedes that that purpose is pressing and substantial and that the limits it places on *Charter* rights are rationally connected to that purpose. In effect, he acknowledges that requiring all persons found NCRMD to comply with *Christopher's Law* without any opportunity for exemption or removal based on individualized assessment is rationally connected to assisting in investigating and preventing sexual offences (C.A. reasons, at para. 141).

par. 15(1) est justifiée au regard de l'article premier. Premièrement, l'objectif que vise la mesure attentatoire doit être urgent et réel. Deuxièmement, dans la poursuite de cet objectif, la mesure attentatoire ne doit pas porter atteinte de manière disproportionnée aux droits que garantit le par. 15(1). La seconde partie du critère de l'arrêt *Oakes* comporte trois volets. L'État doit démontrer que l'atteinte a un lien rationnel avec l'objectif, que les moyens choisis pour réaliser l'objectif portent le moins possible atteinte aux droits que garantit le par. 15(1), et que les avantages de la mesure attentatoire l'emportent sur ses effets préjudiciables (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-140; *Vriend*, par. 109-110; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 48, 53 et 76-78).

[72] Il n'incombe pas au procureur général d'établir que le régime législatif dans son ensemble constitue une limite raisonnable au par. 15(1) dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, mais plutôt de justifier la *mesure attentatoire elle-même*. Comme l'a souligné notre Cour, « c'est cette dernière et rien d'autre que l'on cherche à justifier » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20). Il convient donc d'axer l'analyse sur l'objectif de la mesure attentatoire; cependant, il peut être nécessaire de situer la mesure attentatoire dans le contexte général du texte législatif pour comprendre le rôle que joue la limitation (*Vriend*, par. 111).

[73] Les parties conviennent que l'objectif de la *Loi Christopher* est de faciliter les enquêtes sur des infractions sexuelles et la prévention de ces infractions. G concède que cet objectif est urgent et réel, et que les limites que la *Loi* impose aux droits garantis par la *Charte* sont rationnellement liées à cet objectif. En effet, il reconnaît qu'obliger toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à se conformer à la *Loi Christopher* sans avoir la possibilité d'être dispensées de cette obligation ou d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle est rationnellement lié à l'objectif de la *Loi*, qui consiste à faciliter les enquêtes sur des infractions sexuelles et la prévention de ces infractions (motifs de la C.A., par. 141).

(1) Minimal Impairment

[74] I agree with the Court of Appeal that *Christopher's Law* is not minimally impairing of the s. 15(1) rights of those who were found NCRMD of a sexual offence and discharged. *Christopher's Law* itself includes mechanisms by which, after some form of individualized assessment of their circumstances, offenders who were not found NCRMD can be removed from the registry (free pardon), relieved of the obligation to report (free pardon and record suspension), or exempted from reporting in the first place (discharge under s. 730 of the *Criminal Code*). The inclusion of *any* method of exempting and removing those found NCRMD from the registry based on individualized assessment would be less impairing of their s. 15(1) rights and could actually increase the registry's effectiveness by narrowing its application to individuals who pose a greater risk to the community.

[75] I would reject the Attorney General's submission that risk assessments can never be certain, and therefore the object of the legislation can only be achieved by a mandatory and permanent registry for all those found NCRMD. First, the same could be said for all those found guilty of sexual offences: the individualized assessments that occur when an absolute discharge, a free pardon, or a record suspension is granted can equally never predict risk with certainty. Second, the minimal impairment requirement requires only that the objective be *substantially* achieved (*Hutterian Brethren*, at paras. 53-55). Individual assessment does not need to perfectly predict risk — certainty cannot be the standard. There was no evidence that providing persons found NCRMD with the opportunity to be exempted or removed from the registry based on an individualized assessment of their circumstances would significantly lessen the usefulness of the registry to law enforcement. Indeed, as Doherty J.A.

(1) Atteinte minimale

[74] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la *Loi Christopher* ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits garantis par le par. 15(1) aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération. La *Loi Christopher* elle-même prévoit des mécanismes qui, après une évaluation individuelle de la situation des délinquants, permettent aux délinquants qui n'ont pas reçu de verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux d'être retirés du registre (pardon absolu), d'être dispensés de l'obligation de se présenter devant les autorités (pardon absolu et suspension du casier judiciaire), ou d'être dispensés au départ de l'obligation de se présenter devant les autorités (absolution au sens du par. 730 du *Code criminel*). L'inclusion de *toute* méthode permettant aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux d'être dispensées des obligations qui leur incombent et d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle porterait moins atteinte aux droits que leur garantit le par. 15(1) et permettrait en fait d'améliorer l'efficacité du registre en restreignant son application aux personnes qui présentent un risque élevé pour la société.

[75] Je suis d'avis de rejeter l'argument du procureur général selon lequel les évaluations du risque ne peuvent jamais être certaines et que l'objectif de la *Loi* ne peut donc être réalisé qu'en imposant à toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux l'obligation de s'inscrire au registre et d'y être inscrites de façon permanente. Tout d'abord, on pourrait en dire autant de toutes les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles : les évaluations individuelles qui sont menées lorsqu'une absolution inconditionnelle, un pardon absolu ou une suspension du casier judiciaire est accordé ne peuvent également jamais être certaines. De plus, selon l'exigence de l'atteinte minimale, l'objectif doit être réalisé de façon *substantielle* (*Hutterian Brethren*, par. 53-55). Les évaluations individuelles n'ont pas besoin de prédire le risque avec une exactitude parfaite — la certitude ne saurait servir de norme. Rien ne prouve que le fait d'offrir aux personnes déclarées non responsables

noted, there is “no evidence that, while the objective of the legislation is consistent with exceptions and exemptions for persons found guilty, it is somehow undermined by comparable exceptions and exemptions for persons found NCRMD” (C.A. reasons, at para. 145).

criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité d’être dispensées des obligations qui leur incombent ou d’être retirées du registre à la suite d’une évaluation individuelle de leur situation réduirait considérablement l’utilité du registre pour les forces de l’ordre. En effet, comme l’a fait remarquer le juge Doherty, [TRADUCTION] « rien ne prouve que même si l’objectif de la loi est conforme aux exceptions et aux dispenses qui s’appliquent aux personnes déclarées coupables, il est en quelque sorte compromis par les exceptions et les dispenses comparables qui s’appliquent aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux » (motifs de la C.A., par. 145).

[76] I accordingly conclude that the Attorney General has not met his burden under s. 1 to demonstrate that the infringing measure is not minimally impairing of the right and therefore has not justified the s. 15(1) infringement.

[76] Par conséquent, je conclus que le procureur général ne s’est pas acquitté du fardeau que lui impose l’article premier de démontrer que la mesure attentatoire ne porte pas atteinte de façon minimale au droit et qu’il n’a donc pas justifié la violation du par. 15(1).

C. *Does Christopher’s Law Infringe the Right to Life, Liberty and Security of the Person?*

C. *La Loi Christopher porte-t-elle atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne?*

[77] Given that I have concluded that *Christopher’s Law* violates s. 15(1) in its application to persons found NCRMD and that G’s s. 7 claim does not extend beyond those persons, it is not necessary to address whether *Christopher’s Law* also violates s. 7. As I will explain, because the privacy and liberty interests of those found NCRMD are the very interests that are unequally burdened by *Christopher’s Law*, they inform the remedy for the breach of s. 15(1). It is therefore not necessary to determine whether there is also a breach of s. 7 in order to inform the appropriate remedy. Further, addressing some of the s. 7 arguments would have an impact on the broader issue of the nature of the registry’s effects on all registrants and whether the entire scheme complies with s. 7; such determinations are best left for another case.

[77] Comme j’ai conclu que la *Loi Christopher* viole le par. 15(1) du fait qu’elle s’applique aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et que la réclamation de G concernant l’art. 7 ne vaut que pour ces personnes, point n’est besoin d’examiner la question de savoir si la *Loi Christopher* viole également l’art. 7. Comme je vais l’expliquer, étant donné que les droits à la vie privée et à la liberté des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont précisément ceux qui sont touchés de façon inégale par la *Loi Christopher*, ils guident la réparation à accorder en cas de contravention au par. 15(1). Il n’est donc pas nécessaire de chercher à savoir s’il y a également violation de l’art. 7 pour déterminer la réparation appropriée. Qui plus est, l’analyse de certains des arguments concernant l’art. 7 aurait une incidence sur la question plus générale de la nature des effets qu’a le registre sur tous les délinquants inscrits et la question de savoir si le régime dans son ensemble est conforme à l’art. 7; il est préférable d’attendre une autre occasion pour trancher ces questions.

[78] Even so, these reasons should not be taken as agreeing with the Ontario Court of Appeal's approach to s. 7 in this case, or in *Dyck* and *Long*. Those approaches rest on the conclusion in those cases that the legislation's intrusion on liberty is "modest", a conclusion that has been challenged. I make no further comment on this point, given that a s. 7 challenge to the federal sex offender registry is currently before the courts (see *R. v. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, rev'g 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382).

D. *What Is the Appropriate Remedy?*

[79] The Court of Appeal issued a declaration that *Christopher's Law* is of no force or effect insofar as it applies to those found NCRMD of a sexual offence and granted an absolute discharge by a provincial review board. It suspended the effect of that declaration for a year but exempted G from the suspension, ordering that his information be immediately removed from the registry.

[80] The parties submit that the effect of any declaration that *Christopher's Law* is of no force or effect should be suspended, but disagree on whether G should be immediately exempted from that suspension. The Attorney General submits that individual exemptions from suspensions should not be granted except in extreme cases where, absent an exemption, the claimant will not benefit from the declaration. The intervener, the David Asper Centre for Constitutional Rights, submits that issuing the appropriate remedy in this appeal will require clarification of this Court's remedial jurisprudence by returning to the principles that underlie the remedies it has granted in the past.

[81] In recent years, academic commentators have urged that remedies for unconstitutional laws be determined in a more principled, coherent, and transparent way. In particular, our jurisprudence dealing

[78] Néanmoins, il ne faut pas tirer des présents motifs la conclusion que je suis d'accord avec la façon dont la Cour d'appel de l'Ontario a abordé l'art. 7 en l'espèce ou dans les arrêts *Dyck* et *Long*. L'approche adoptée par la Cour d'appel dans ces affaires repose sur la conclusion selon laquelle la *Loi* porte atteinte au droit à la liberté de façon [TRADUCTION] « minime », laquelle conclusion a été contestée. Je ne ferai aucune autre observation sur ce point, car le registre fédéral des délinquants sexuels fait actuellement l'objet d'une contestation fondée sur l'art. 7 devant les tribunaux (voir *R. c. Ndhlovu*, 2020 ABCA 307, inf. 2016 ABQB 595, 44 Alta. L.R. (6th) 382).

D. *Quelle est la réparation appropriée?*

[79] La Cour d'appel a déclaré que la *Loi Christopher* est inopérante dans la mesure où elle s'applique aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle d'une commission d'examen provinciale. La Cour d'appel a suspendu pour un an l'effet de cette déclaration, mais elle a exempté G de cette suspension et ordonné que ses renseignements soient immédiatement retirés du registre.

[80] Les parties soutiennent que l'effet de toute déclaration d'inopérabilité de la *Loi Christopher* devrait être suspendu, mais elles ne s'entendent pas sur l'opportunité d'exempter immédiatement G de cette suspension. Le procureur général affirme que des exemptions individuelles d'une suspension ne devraient être accordées que dans des cas extrêmes où le demandeur ne pourra pas bénéficier des avantages de la déclaration s'il ne fait pas l'objet d'une exemption. L'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights fait valoir que pour accorder la réparation appropriée en l'espèce, il faudra clarifier la jurisprudence de notre Cour en matière de réparation en revenant aux principes qui sous-tendent les réparations qu'elle a octroyées dans le passé.

[81] Au cours des dernières années, des auteurs de doctrine ont demandé instamment qu'une méthode plus cohérente et transparente, davantage fondée sur des principes, soit utilisée pour déterminer les

with suspensions of declarations of invalidity, and the exemption of individuals from those suspensions, has been criticized for unduly compromising the protection of rights by failing to grant meaningful remedies (see, e.g., R. Leckey, “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *I CON* 584, at pp. 591-93), and for diminishing the quality of decision making by failing to transparently explain the basis for a suspension (see, e.g., G. R. Hoole, “Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law” (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, at pp. 118 and 123). I would accept the Asper Centre’s invitation to articulate a principled approach to remedies for legislation that violates the *Charter*.

[82] As I shall explain, this Court’s leading decision on remedies for laws that violate the *Charter*, *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, has provided helpful guidance on how to craft a responsive and effective remedy for unconstitutional laws for nearly three decades. But, in some respects, this Court’s remedial jurisprudence has moved beyond *Schachter*. By employing and building on *Schachter*’s guidance in determining the form and breadth of declarations of invalidity, suspending the effect of those declarations, and exempting individuals from suspensions, this Court’s remedial practice has come to coalesce around a group of core remedial principles. Recognizing those remedial principles and explicitly identifying approaches that strike the right balance between them will encourage greater consistency and transparency in remedial decision making.

[83] As I will explain, I conclude that suspensions of declarations of invalidity should be rare, granted only when an identifiable public interest, grounded in the Constitution, is endangered by an immediate declaration to such an extent that it outweighs the harmful impacts of delaying the declaration’s effect.

réparations qu’il convient d’accorder lorsque des textes législatifs sont inconstitutionnels. Plus particulièrement, notre jurisprudence sur les suspensions de déclarations d’invalidité, et l’exemption de certains individus de ces suspensions, a été critiquée parce que notre Cour aurait compromis indûment la protection des droits en n’accordant pas des réparations valables (voir, p. ex., R. Leckey, « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *I CON* 584, p. 591-593), et aurait diminué la qualité du processus décisionnel en n’expliquant pas le motif de la suspension de façon transparente (voir, p. ex., G. R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, p. 118 et 123). J’accepte l’invitation du Asper Centre de définir une méthode fondée sur des principes pour l’octroi de réparations lorsque des textes législatifs violent la *Charte*.

[82] Comme je vais l’expliquer, l’arrêt de principe de notre Cour sur les réparations à accorder lorsque des lois violent la *Charte*, l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, inspire depuis près de trois décennies l’approche que suivent les tribunaux pour concevoir une réparation adaptée et efficace lorsque des textes législatifs sont inconstitutionnels. Toutefois, à certains égards, la jurisprudence de notre Cour sur les réparations a dépassé l’arrêt *Schachter*. En s’inspirant de l’arrêt *Schachter* et en l’employant pour définir le type et la portée des déclarations d’invalidité, ainsi que pour suspendre l’effet de ces déclarations et exempter des personnes de ces suspensions, notre Cour a intégré un groupe de principes fondamentaux en matière de réparation dans la méthode qu’elle utilise pour accorder des réparations. La reconnaissance de ces principes et la définition explicite des méthodes servant à établir un juste équilibre entre ces principes favoriseront une plus grande cohérence et une plus grande transparence dans les décisions en matière de réparation.

[83] Pour les motifs que je vais exposer, je conclus que l’effet de déclarations d’invalidité devrait être suspendu en de rares cas, seulement lorsque le risque que représente une déclaration avec effet immédiat sur un intérêt public identifiable, fondé sur la Constitution, l’emporte sur les conséquences

And when declarations are suspended, granting individual exemptions pursuant to s. 24(1) of the *Charter* will often balance the interests of the litigant, the broader public, and the legislature in a manner that is “appropriate and just”.

(1) Principled Remedial Discretion

[84] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[85] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides in absolute terms that laws inconsistent with the Constitution are of no force or effect to the extent of the inconsistency. Although it states the legal result where there is conflict between a law and the Constitution, s. 52(1) does not explicitly provide courts with a grant of remedial jurisdiction.² A general declaration pursuant to courts’ statutory or inherent jurisdiction is the means by which they give full effect to the broad terms of s. 52(1).

[86] That a law is “of no force or effect” only “to the extent of the inconsistency” with the Constitution means that a court faced with a constitutional challenge to a law must determine to what extent it is unconstitutional and declare it to be so. Our jurisprudence teaches us that a measure of discretion is inevitable in determining how to respond to an inconsistency between legislation and the Constitution.

² Unlike, e.g., the Constitution of South Africa, s. 172(1)(a), which specifically mandates courts to “declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency”.

néfastes de la suspension de l’effet de cette déclaration. Qui plus est, lorsque l’effet de déclarations est suspendu, l’octroi d’exemptions individuelles conformément au par. 24(1) de la *Charte* permettra souvent de mettre en balance les intérêts du plaideur, du public en général et du législateur d’une manière qui est « convenable et juste ».

(1) Pouvoir discrétionnaire de réparation fondé sur des principes

[84] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est ainsi rédigé :

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[85] Selon les termes absolus édictés au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Bien que le résultat juridique qui découle de l’incompatibilité entre des dispositions législatives et la Constitution soit énoncé au par. 52(1), cette disposition n’accorde pas explicitement aux tribunaux une compétence en matière de réparation². Les tribunaux ont plutôt le pouvoir de prononcer une déclaration générale conformément à la compétence légale ou inhérente dont ils sont investis pour donner aux termes généraux du par. 52(1) leur plein effet.

[86] Par « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit », on veut dire que le tribunal qui est appelé à statuer sur la contestation constitutionnelle d’une loi doit déterminer dans quelle mesure la loi contestée est inconstitutionnelle et la déclarer telle. Notre jurisprudence nous enseigne qu’un degré de discrétion est inévitable pour décider comment répondre à l’incompatibilité entre des dispositions législatives et la Constitution.

² Contrairement, p. ex., à l’al. 172(1)(a) de la Constitution de l’Afrique du Sud, qui prévoit expressément que la Cour doit [TRADUCTION] « déclarer invalide toute règle de droit ou conduite incompatible avec la Constitution ».

[87] There is a theory, consonant with the Blackstonian declaratory theory of the law, that “judges never make law, but merely discover it” (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 79). On this view, when a law is unconstitutional, courts and other decision-makers have no remedial discretion — s. 52(1) renders unconstitutional laws of no force or effect from the moment of their enactment (see, e.g., *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 28).

[88] However, while s. 52(1) is the substantive basis of constitutional invalidity, the public and the state will often disagree about whether a given law is unconstitutional and, if so, to what extent. Our legal order, grounded in related principles of constitutional supremacy and the rule of law, requires that there be an institution empowered to finally determine a law’s constitutionality; s. 52(1) confirms “[t]he existence of an impartial and authoritative judicial arbiter” to determine whether the law is of no force and effect (*Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 89). Even in the absence of a formal declaration, s. 52(1) operates to prevent the application of unconstitutional laws. For example, because of the limits of its statutory jurisdiction, a tribunal or a provincial court’s determination that legislation is unconstitutional has no legal effect beyond the decision itself; nevertheless, it must refuse to give effect to legislation it considers unconstitutional (see, e.g., *Martin*, at para. 31; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15). Thus, the reach of a judicial determination of the unconstitutionality of a law will be limited in the absence of statutory or inherent jurisdiction to issue a general declaration of invalidity.

[89] As I will explain, while s. 52(1) recognizes the primacy of the Constitution, including the fundamental rights and freedoms of individuals and groups guaranteed by the *Charter*, fashioning constitutional

[87] Il existe d’ailleurs une théorie qui concorde avec la théorie déclaratoire du droit de Blackstone selon laquelle « les juges ne créent pas le droit mais ne font que le découvrir » (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 79). Selon cette conception, lorsqu’une loi est inconstitutionnelle, les tribunaux et les autres décideurs ne jouissent d’aucun pouvoir discrétionnaire de réparation — le par. 52(1) rend inconstitutionnelles les lois inopérantes dès leur adoption (voir, p. ex., *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 28).

[88] Toutefois, même si le par. 52(1) est le fondement réel du pouvoir que possèdent les tribunaux de prononcer une déclaration d’invalidité constitutionnelle, le public et l’État sont souvent en désaccord quant à la question de savoir si une loi particulière est inconstitutionnelle et, le cas échéant, dans quelle mesure. L’ordre juridique canadien, qui est fondé sur les principes connexes de la suprématie de la Constitution et la primauté du droit, exige qu’une institution ait le pouvoir de se prononcer de façon définitive sur la constitutionnalité d’une loi; le par. 52(1) confirme « l’existence d’un arbitre judiciaire impartial [...] dont les décisions font autorité » sur le caractère inopérant de la loi en cause (*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 89). Même à défaut de déclaration formelle, le par. 52(1) a pour effet d’empêcher l’application de lois inconstitutionnelles. Par exemple, en raison des limites que comporte la compétence légale conférée aux tribunaux, la décision d’un tribunal ou d’une cour provinciale selon laquelle une loi est inconstitutionnelle est sans effet juridique en dehors du cadre de cette décision; toutefois, le tribunal ou la cour provinciale doit refuser de donner effet à une loi qu’il ou elle considère inconstitutionnelle (voir, p. ex., *Martin*, par. 31; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15). Ainsi, la portée d’une décision judiciaire concernant l’inconstitutionnalité d’une loi sera limitée si le tribunal n’a pas la compétence inhérente ou légale nécessaire pour prononcer une déclaration générale d’invalidité.

[89] Comme je l’expliquerai, même si le par. 52(1) reconnaît la primauté de la Constitution, de même que les droits et libertés fondamentaux des individus et des groupes qui sont garantis par la *Charte*,

remedies inevitably implicates other — at times, competing — constitutional principles (K. Roach, “Principled Remedial Discretion Under the Charter” (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101, at pp. 112-13). Courts must strike an appropriate balance between these principles in determining how to give effect to s. 52(1) in a manner that best aligns with our broader constitutional order.

[90] Kent Roach argues, and the intervener the Asper Centre submits, that *Charter* remedies should be granted in accordance with “principled discretion”: a middle ground between “strong” or “pure” discretion, which would give judges free rein to fashion remedies as they see fit, and “rule-based” discretion, which would tightly constrain judges with hard-and-fast rules (Roach (2004), at pp. 102 and 107-13). I agree.

[91] Pure discretion has the benefit of being endlessly adaptable to any factual context, but has the clear downside of permitting results based on “the wills and whims of a person or a group of people” (Roach (2004), at p. 107, quoting P. Birks, “Three Kinds of Objections to Discretionary Remedialism” (2000), 20 *Uwa. L. Rev.* 1, at p. 15). It also fails to encourage transparent reasoning — if the decision-maker can do anything, there is less incentive to explain the basis for the decision. Rule-based discretion, by contrast, has the benefit of being applicable in different contexts in a predictable way. However, it does not encourage courts to engage with the purposes behind the rules and tends to lead to mechanical application of those rules, which can produce unfair results in individual cases (Roach (2004), at pp. 109-10 and 140).

[92] A review of this Court’s jurisprudence shows that it favours principled discretion, which requires judges to consider multiple, competing remedial

l’élaboration de mesures de réparation constitutionnelles commande inévitablement l’application d’autres principes constitutionnels qui sont parfois contradictoires (K. Roach, « Principled Remedial Discretion Under the Charter » (2004), 25 *S.C.L.R.* (2d) 101, p. 112-113). Les tribunaux doivent établir un juste équilibre entre ces principes lorsqu’ils sont appelés à déterminer comment donner effet au par. 52(1) d’une manière qui concorde le mieux avec l’ordre constitutionnel général du Canada.

[90] Kent Roach soutient, à l’instar de l’intervenant le Asper Centre, qu’il y a lieu d’exercer un [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes » lors de l’octroi de réparations sous le régime de la *Charte*, lequel pouvoir représente un juste milieu entre un pouvoir discrétionnaire « solide » ou « absolu », qui donnerait aux juges toute la latitude voulue pour élaborer des mesures de réparation comme ils l’entendent, et un pouvoir discrétionnaire « fondé sur des règles », qui restreindrait considérablement la latitude des juges en leur imposant des règles strictes (Roach (2004), p. 102 et 107-113). Je suis d’accord.

[91] Un pouvoir discrétionnaire absolu a pour avantage que les possibilités de l’adapter à tout contexte factuel sont infinies, mais il a clairement pour inconvénient d’ouvrir la porte à des décisions fondées sur [TRADUCTION] « les volontés et les caprices d’une personne ou d’un groupe de personnes » (Roach (2004), p. 107, citant P. Birks, « Three Kinds of Objections to Discretionary Remedialism » (2000), 20 *Uwa. L. Rev.* 1, p. 15). Qui plus est, ce type de pouvoir ne favorise pas un raisonnement transparent; en effet, si le décideur peut faire ce qu’il veut, il est alors moins enclin à expliquer le fondement de sa décision. À l’inverse, l’avantage du pouvoir discrétionnaire fondé sur des règles est qu’il peut être exercé dans différents contextes de manière prévisible. Cependant, ce pouvoir n’encourage pas les tribunaux à prendre en compte les objectifs des règles et tend à entraîner leur application mécanique, de sorte que des décisions injustes peuvent être rendues dans certains cas (Roach (2004), p. 109-110 et 140).

[92] Un examen de la jurisprudence de notre Cour révèle qu’elle favorise l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes, qui oblige

principles and resolve conflicts between them while justifying their prioritization of certain considerations over others.

[93] “Remedial principles”, in this sense, are more general than rules and, unlike rules, may conflict and be weighed differently (Roach (2004), at pp. 111-13, citing R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)). Articulating the core general principles that structure the exercise of principled remedial discretion will assist in promoting principled, transparent, and consistent approaches to s. 52(1) remedies.

[94] *Schachter* provided remedial principles of this kind, identifying twin principles of respect for the purposes of the *Charter* and respect for the legislature, and thereby guiding the discretion of Canadian courts for nearly three decades. But in the process of applying that approach, this Court has sometimes articulated additional relevant or analogous principles. As I will explain, when legislation violates the *Charter*, courts have been guided by the following fundamental remedial principles, grounded in the Constitution, in determining the appropriate remedy, applying them at every stage:

- A. *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies.
- B. The public has an interest in the constitutional compliance of legislation.
- C. The public is entitled to the benefit of legislation.
- D. Courts and legislatures play different institutional roles.

[95] Safeguarding rights lies at the core of granting *Charter* remedies because the *Charter* exists to protect rights, freedoms, and inherent dignity; this purpose inheres in the *Charter* as a whole (see *Vriend*, at para. 153; *Canadian Egg Marketing Agency v.*

les juges à prendre en compte de nombreux principes contradictoires en matière de réparation et à réconcilier ces principes tout en justifiant la priorité qu’ils accordent à certaines considérations par rapport à d’autres.

[93] En ce sens, les « principes en matière de réparation » sont plus généraux que les règles et, contrairement à celles-ci, ils peuvent entrer en conflit et être soupesés différemment (Roach (2004), p. 111-113, citant R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)). La formulation des principes généraux fondamentaux qui structurent l’exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation fondé sur des principes permettra de favoriser l’adoption de méthodes transparentes et uniformes fondées sur des principes pour ce qui est de l’octroi de réparations en application du par. 52(1).

[94] Des principes en matière de réparation de ce genre ont été énoncés dans l’arrêt *Schachter*, qui établit des principes jumeaux — soit celui du respect des objets de la *Charte* et celui du respect du législateur — qui, depuis près de trois décennies, guident les tribunaux canadiens dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Cependant, en appliquant la méthode établie dans cet arrêt, notre Cour a parfois formulé d’autres principes pertinents ou analogues. Comme je l’expliquerai, lorsque des textes législatifs violent la *Charte*, les tribunaux se sont inspirés des principes fondamentaux suivants en matière de réparation, qui sont fondés sur la Constitution, pour déterminer la réparation qu’il convient d’accorder et ils ont appliqué ces principes à toutes les étapes de leur analyse :

- A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l’octroi de réparations efficaces.
- B. Il est dans l’intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution.
- C. Le public a droit au bénéfice de la loi.
- D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents.

[95] La protection des droits est un aspect fondamental de l’octroi de réparations sous le régime de la *Charte*, car la *Charte* vise à protéger les droits, les libertés et la dignité inhérente des personnes; cet objectif est d’ailleurs présent dans l’ensemble de la *Charte* (voir

Richardson, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 57). The Court's purposive approach to constitutional remedies ensures that the effective vindication and protection of rights is at the core of the remedies it grants for legislation that violates the *Charter* (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104).

[96] The rule of law is explicitly recognized in the preamble to the *Charter*, which says that “Canada is founded upon principles that recognize . . . the rule of law”. It is also implicitly recognized in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which says Canada has “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom” (see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750). Two facets of the rule of law are foundational here: the government must act within the law and there must be positive laws to preserve order in society. This Court has recognized that adherence to the principle of the rule of law means that the impact of legislation, even unconstitutional legislation, extends beyond those whose rights are violated — it is bad for all of society for unconstitutional legislation to “remain on the books” (*R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 51; see also *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 (SWUAV), at para. 31). But the public interest cuts both ways — the public is also entitled to the benefit of legislation, which individuals rely upon to organize their lives and protect them from harm (*Manitoba Language Rights*, at pp. 748-49 and 757). Laws validly enacted by democratically elected legislatures “are generally passed for the common good” and there is accordingly a “public interest” in legislation that “weighs heavily in the balance” of remedial discretion (*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 135; see also *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764, at para. 9).

[97] Legislation is enacted by the legislature, which is sovereign in the sense that, within

Vriend, par. 153; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 57). La manière téléologique dont notre Cour aborde les réparations constitutionnelles permet de s'assurer que la défense et la protection efficaces des droits est au cœur des réparations qu'elle accorde lorsque des textes législatifs violent la *Charte* (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 104).

[96] La primauté du droit est explicitement reconnue dans le préambule de la *Charte*, lequel dispose que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [. . .] la primauté du droit ». Elle est aussi reconnue implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui précise que le Canada a « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750). La primauté du droit repose sur deux principes fondamentaux : les actes de l'État doivent être conformes à la loi et il doit exister des règles de droit positif pour préserver l'ordre dans la société. Notre Cour a reconnu qu'en raison du respect du principe de la primauté du droit, les effets des lois, même les lois inconstitutionnelles, s'étendent au-delà des personnes dont les droits sont violés — il est désavantageux pour l'ensemble de la société que des lois inconstitutionnelles « demeure[nt] en vigueur indéfiniment » (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 51; voir aussi *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524 (SWUAV), par. 31). Or, l'intérêt public est une arme à double tranchant — le public a également droit au bénéfice de la loi, sur laquelle les individus s'appuient pour organiser leur vie et se protéger (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 748-749 et 757). Les lois valablement adoptées par des législatures démocratiquement élues « visent généralement le bien commun » et suscitent donc un « intérêt public » qui « joue un grand rôle » dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 135; voir également *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764, par. 9).

[97] Les lois sont adoptées par une législature, qui est souveraine en ce sens que, conformément à la

its constitutional ambit, it has “exclusive authority to enact, amend, and repeal any law as it sees fit” (*Reference re pan-Canadian securities regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 54 (emphasis in original); *Constitution Act, 1867*, ss. 91 to 95; *Constitution Act, 1982*, ss. 44 and 45). This fact serves as an important constraint on courts’ exercise of their remedial authority. Parliamentary sovereignty is an expression of democracy, because it accords exclusive legislative authority to Parliament and the provincial legislatures, each of which includes an elected chamber without whose consent no law can be made (*Constitution Act, 1867*, ss. 17, 40, 48, 55 and 91; *Charter*, ss. 3 and 4; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 62-65).

[98] Even so, the courts remain “guardians of the Constitution and of individuals’ rights under it” (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169) — “[d]eference ends . . . where the constitutional rights that the courts are charged with protecting begin” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 36). This is because “[i]t is emphatically the province and duty of [the courts] to say what the law is” (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), at p. 177).

[99] These remedial principles — fundamental aspects of our constitutional order, including democracy and the rule of law — are reflected in the Court’s remedial decisions since the *Charter* came into force.

(2) *Schachter*

[100] In *Schachter*, this Court set out a general approach to granting remedies for legislation that violates the *Charter*. *Schachter* endorsed remedies tailored to the breadth of rights violations, thereby allowing constitutionally compliant aspects of unconstitutional legislation to be preserved. *Schachter* also recognized that, in rare circumstances, the effect of a declaration of invalidity could be suspended for a period of time to protect the public interest.

compétence constitutionnelle dont elle est investie, elle jouit du « pouvoir *exclusif* d’adopter, de modifier et d’abroger des lois comme elle l’entend » (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 54 (en italique dans l’original); *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 à 95; *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 44 et 45). Ce fait restreint l’exercice du pouvoir de réparation qu’ont les tribunaux. La souveraineté parlementaire est une expression de la démocratie, car elle confère un pouvoir législatif exclusif au Parlement et aux législatures provinciales, qui sont constitués d’une chambre élue qui doit donner son consentement pour qu’une loi soit adoptée (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 17, 40, 48, 55 et 91; *Charte*, art. 3 et 4; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 62-65).

[98] Néanmoins, les tribunaux demeurent les « gardiens de la Constitution et des droits qu’elle confère aux particuliers » (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169) — « la déférence s’arrête là où commencent les droits constitutionnels que les tribunaux sont chargés de protéger » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 36). Il en est ainsi parce qu’il [TRADUCTION] « appartient nettement [aux tribunaux] de préciser l’état du droit » (*Marbury c. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), p. 177).

[99] Ces principes en matière de réparation — des éléments fondamentaux de notre ordre constitutionnel ainsi que de la démocratie et de la primauté du droit — ont été pris en compte par notre Cour dans les décisions sur les réparations qu’elle a rendues depuis l’entrée en vigueur de la *Charte*.

(2) L’arrêt *Schachter*

[100] Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a énoncé une façon générale d’accorder des réparations lorsque des lois violent la *Charte*. Elle a également approuvé l’octroi de réparations qui sont adaptées à la portée des violations des droits, ce qui permet de conserver les dispositions conformes sur le plan constitutionnel de lois inconstitutionnelles. Dans cet arrêt, notre Cour a également reconnu qu’en de rares circonstances, l’effet d’une déclaration d’invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour protéger l’intérêt public.

[101] At the core of *Schachter* was its recognition that flexibility is necessary to arrive at appropriate remedies involving legislation, and its endorsement of remedies short of a full declaration of invalidity. Lamer C.J. made clear that “[d]epending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in” (p. 695).

[102] Different types of remedy can be granted because the circumstances may implicate general remedial principles in different ways. *Schachter* recognized the “twin guiding principles” of “respect for the role of the legislature and the purposes of the *Charter*” (p. 715) that play a key role in determining the type of remedy that would be ordered.

[103] *Schachter* held that the first step in choosing the appropriate remedy is defining the extent of the inconsistency between the legislation and the *Charter*. The second step is determining the form of the declaration. Beyond the extent of the inconsistency, *Schachter* said that the form of a remedy would be influenced by courts’ respect for the role of the legislature. The general rule is that tailored remedies should only be granted when a court can fairly conclude that the legislature would have enacted the law as it would be modified by the court (pp. 697 and 700).

[104] *Schachter* also endorsed the use of suspended declarations — declarations that legislation is unconstitutional, but whose *effect* is suspended for some period of time. Lamer C.J. reasoned that a delayed order could be justified based on the effect of an immediate declaration on the public and that, by contrast, the roles of courts and legislatures should *not* enter into the question of whether to suspend a declaration (p. 717).

[105] Finally, *Schachter* considered how s. 52(1) remedies could be combined with individual

[101] La reconnaissance du fait qu’un tribunal doit jouir d’une certaine latitude pour déterminer la réparation qu’il estime convenable conformément à la loi et l’approbation d’une réparation autre qu’une déclaration d’invalidité intégrale étaient au cœur de l’arrêt *Schachter*. Le juge en chef Lamer a clairement indiqué que « [s]elon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l’annuler et suspendre temporairement l’effet de la déclaration d’invalidité ou il peut appliquer les techniques d’interprétation atténuée ou d’interprétation large » (p. 695).

[102] Différents types de réparations peuvent être accordées, car les circonstances peuvent faire intervenir de diverses façons les principes généraux en matière de réparation. Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a reconnu les « deux principes directeurs » du « respect du rôle du législateur et des objets de la *Charte* » (p. 715), qui jouent un rôle essentiel dans la détermination du type de réparation qui serait accordé.

[103] Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a statué que la première étape du choix de la réparation à accorder consiste à délimiter l’étendue de l’incompatibilité entre la loi et la *Charte*. La deuxième étape consiste à déterminer le type de déclaration. Notre Cour a également déclaré qu’en plus de l’étendue de l’incompatibilité, le type de réparation dépendra aussi du respect du rôle du législateur par les tribunaux. En règle générale, des réparations adaptées ne devraient être accordées que lorsqu’un tribunal peut équitablement conclure que le législateur aurait adopté les modifications que le tribunal apporterait à la loi (p. 697 et 700).

[104] Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a également ouvert la porte à des déclarations suspendues : des déclarations suivant lesquelles des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais dont l’*effet* est suspendu pendant un certain temps. Le juge en chef Lamer a précisé, d’une part, qu’un report peut être justifié compte tenu de l’effet immédiat de cette déclaration sur le public et, d’autre part, que la question de savoir s’il y a lieu de suspendre l’effet d’une déclaration *ne* devrait *pas* dépendre du rôle des tribunaux et des législateurs (p. 717).

[105] Enfin, dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour s’est demandé s’il y a lieu d’accorder des réparations

remedies for *Charter* violations. Lamer C.J. concluded that individual remedies under s. 24(1) of the *Charter* “will rarely be available in conjunction with” remedies involving legislation (p. 720).

[106] Much of *Schachter* remains good guidance three decades later. However, as I will explain, the jurisprudence on *Charter* remedies has built upon the foundation of *Schachter* and moved beyond it in some ways. While *Schachter* wisely advised courts to consider the principled basis for their remedial decisions, those remedial principles have since been further developed. In part, the guidelines *Schachter* endorsed for determining the extent of rights violations were tied to an articulation of the *Oakes* test that has since been overtaken. Aspects of its discussion of suspended declarations have been overlooked by courts and criticized in academic commentary for their failure to rely on coherent principles and encourage transparent application. Finally, its admonition against combining s. 52(1) and individual remedies has frequently not been followed.

[107] Since *Schachter*, this Court has granted at least 60 s. 52(1) remedies for *Charter* breaches. In my view, the guidelines given in *Schachter* should be clarified and updated in light of those decisions.

(3) The Form and Breadth of Section 52(1) Declarations

[108] As our jurisprudence demonstrates, and the language of s. 52(1) directs, the first step in crafting an appropriate s. 52(1) remedy in a given case is determining the extent of the legislation’s inconsistency with the Constitution. Courts should bear in mind both “the manner in which the law violates

prévues par le par. 52(1) en même temps qu’une mesure de réparation individuelle pour des violations de la *Charte*. Le juge en chef Lamer a conclu qu’« [i]l y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps » qu’une mesure de réparation qui concerne la loi (p. 720).

[106] Trois décennies plus tard, une grande partie de l’arrêt *Schachter* fournit toujours des balises valables aux tribunaux. Toutefois, comme je l’expliquerai, la jurisprudence sur les réparations accordées sous le régime de la *Charte* a pris appui sur les fondements établis dans l’arrêt *Schachter*, mais l’a dépassé à certains égards. Il est certes vrai que, dans cet arrêt, notre Cour recommandait judicieusement aux tribunaux de s’appuyer sur les principes lorsqu’ils rendent des décisions en matière de réparation, mais ces principes ont été peaufinés depuis. En effet, les lignes directrices entérinées dans l’arrêt *Schachter* pour ce qui est de déterminer l’étendue des violations des droits étaient liées à une formulation du critère de l’arrêt *Oakes* qui a depuis été remplacée. De plus, certains aspects de l’analyse de la Cour concernant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité n’ont pas été pris en compte par les tribunaux et ont été critiqués par des auteurs de doctrine parce qu’ils n’étaient pas fondés sur des principes cohérents et ne favorisaient pas une application transparente. Enfin, la mise en garde de la Cour contre l’octroi de réparations fondées sur le par. 52(1) en même temps que des réparations individuelles n’a souvent pas été suivie par les tribunaux.

[107] Depuis l’arrêt *Schachter*, notre Cour a accordé au moins 60 réparations fondées sur le par. 52(1) pour des violations de la *Charte*. À mon avis, les lignes directrices établies dans l’arrêt *Schachter* devraient être précisées et mises à jour compte tenu de ces décisions.

(3) Le type et la portée des déclarations prononcées en vertu du par. 52(1)

[108] Comme le démontre la jurisprudence de notre Cour, et comme le prescrit le libellé du par. 52(1), la première étape de l’élaboration de la réparation qu’il convient d’accorder dans un cas donné consiste à déterminer l’étendue de l’incompatibilité de la loi et de la Constitution. Lorsqu’ils conçoivent des réparations

the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1” (*Schachter*, at p. 702) in crafting tailored remedies. (While this general guideline remains useful, courts should bear in mind that the *Oakes* test has evolved since *Schachter* was decided, such that it now focuses on justifying the infringing measure rather than the law as a whole (compare *Schachter*, at pp. 703-5 and *RJR-MacDonald*, at para. 144).) The nature and extent of the underlying *Charter* violation lays the foundation for the remedial analysis because the breadth of the remedy ultimately granted will reflect at least the extent of the breach.

[109] Defining the extent of the constitutional defect by reference to the substantive violation of the *Charter* safeguards the rights of all those directly affected by ensuring that the law is cured of all its constitutional defects. It also serves the broader public interest in having government act in accordance with the Constitution. These remedies reach beyond the claimant — and can even be granted when the claimant is not directly affected by the law — because “[n]o one should be subjected to an unconstitutional law” (*Nur*, at para. 51; see also *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313). This step of the analysis therefore reflects the *Charter*’s rights-protecting purpose, the public’s interest in constitutional compliance, and the text of s. 52(1) — the law is of no force or effect to the *full* extent of its inconsistency with the Constitution.

[110] For example, in some cases where a criminal offence’s effects on particular groups of people or in certain circumstances have been found unconstitutional, *all* of those people and circumstances have been exempted from criminal liability (see, e.g., *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, as interpreted in *R. v. Barabash*, 2015 SCC 29, [2015] 2 S.C.R. 522; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, as interpreted in *R. v. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602). The same is true for mandatory

adaptées, les tribunaux devraient garder à l’esprit « de quelle façon la loi en question viole la *Charte* et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l’article premier » (*Schachter*, p. 702). (Bien que cette ligne directrice générale demeure utile, les tribunaux devraient garder à l’esprit que le critère de l’arrêt *Oakes* a évolué depuis le prononcé de l’arrêt *Schachter* et qu’il met maintenant l’accent sur la justification de la mesure attentatoire plutôt que de la loi dans son ensemble (comparer l’arrêt *Schachter*, p. 703-705, à l’arrêt *RJR-MacDonald*, par. 144).) L’analyse de la réparation qu’il convient d’accorder repose sur la nature et l’étendue de la violation sous-jacente de la *Charte*, car la portée de la réparation qui est finalement accordée dépend notamment de l’étendue de la violation.

[109] Définir l’étendue de l’inconstitutionnalité en fonction de la violation substantielle de la *Charte* permet de protéger les droits de toutes les personnes directement touchées en veillant à ce que tous les vices constitutionnels qu’elle renferme soient supprimés. Cela sert également l’intérêt général du public de veiller à ce que les actes de l’État soient conformes à la Constitution. Ce type de réparation va au-delà du demandeur — et peut même être accordé lorsque le demandeur n’est pas directement touché par la loi — parce que « [n]ul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle » (*Nur*, par. 51; voir aussi *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 313). Cette étape de l’analyse tient donc compte de l’objectif de protection des droits que vise la *Charte*, de l’intérêt qu’a le public à ce que les lois soient conformes à la Constitution, et du libellé du par. 52(1) — la loi est inopérante dans la *pleine* mesure de son incompatibilité avec la Constitution.

[110] Par exemple, lorsque les effets d’une infraction criminelle sur certains groupes de personnes ou dans certaines situations sont jugés inconstitutionnels, *l’ensemble* de ces personnes, quelle que soit la situation, ont été dégagées de toute responsabilité criminelle (voir, p. ex., *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, tel qu’interprété dans *R. c. Barabash*, 2015 CSC 29, [2015] 2 R.C.S. 522; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, tel qu’interprété dans *R. c. Rajaratnam*, 2019 BCCA 209, 376 C.C.C. (3d) 181; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602). Il en va de même des dispositions qui

minimum penalties, which can be invalidated even when the applicant is not directly affected (see, e.g., *Nur*; *Lloyd*).

[111] On the other hand, it also follows from s. 52(1) that to the extent they are not inconsistent with the Constitution, the public is entitled to the benefit of laws passed by the legislature. Tailored remedies that address the precise constitutional flaw can permit a court to both safeguard the constitutional rights of all those affected and preserve the constitutional aspects of the law. Many of the Court's tailored remedies reflect both these principles. The criminal offences considered in *Carter*, *Sharpe*, *Smith*, and *Appulonappa*, for example, were declared of no force or effect *only* to the extent that they violated rights, preserving their constitutionally compliant effects.

[112] The second step is determining the form that a declaration should take. In doing so, *Schachter* explained that remedies other than full declarations of invalidity should be granted when the nature of the violation and the intention of the legislature allows for them. Full statutory schemes or Acts are rarely struck down in their entirety — to my knowledge, this Court has only done so on eight occasions.³ To ensure the public has the benefit of enacted legislation, remedies of reading down, reading in, and severance, tailored to the breadth of the violation, should be employed when possible so that the constitutional aspects of legislation are preserved (*Schachter*, at p. 700; *Vriend*, at paras. 149-50). Crucially, in Canada, the declaration issued cures the law's unconstitutionality. A declaration that fails to do so, like the kind suggested by my colleagues, Justice Côté and Justice Brown, at para. 248 of their reasons, is more

prescrivent des peines minimales obligatoires, qui peuvent être invalidées même si le demandeur n'est pas directement touché (voir, p. ex., *Nur*; *Lloyd*).

[111] Par contre, il se dégage également du par. 52(1) que le public a droit au bénéfice des lois adoptées par le législateur dans la mesure où ces lois ne sont pas incompatibles avec la Constitution. En accordant des réparations adaptées pour corriger un vice constitutionnel en particulier, le tribunal peut préserver les droits constitutionnels de toutes les personnes touchées ainsi que les aspects constitutionnels de la loi en question. D'ailleurs, bon nombre des réparations adaptées qu'a accordées notre Cour tiennent compte de ces deux principes. Les dispositions relatives à des infractions criminelles qui ont été examinées dans les arrêts *Carter*, *Sharpe*, *Smith* et *Appulonappa*, par exemple, ont été déclarées inopérantes *uniquement* dans la mesure où elles violaient des droits, préservant ainsi leurs effets conformes sur le plan constitutionnel.

[112] Dans l'arrêt *Schachter*, notre Cour a expliqué que lors du choix du type de déclaration, qui constitue la deuxième étape, des réparations autres que des déclarations d'invalidité intégrales devraient être accordées lorsque la nature de la violation et l'intention du législateur le justifient. Il est rare que des régimes législatifs exhaustifs ou des lois soient annulés dans leur totalité — à ma connaissance, notre Cour n'a procédé ainsi qu'à huit reprises³. Pour garantir au public le bénéfice des lois qui sont adoptées, l'interprétation atténuée, l'interprétation large et la dissociation, qui sont des réparations adaptées à l'étendue de la violation, devraient être utilisées dans la mesure du possible afin de préserver les aspects constitutionnels des lois (*Schachter*, p. 700; *Vriend*, par. 149-150). Fait essentiel, au Canada, la déclaration prononcée supprime les vices constitutionnels de la loi; la déclaration qui ne le fait pas, à l'instar

³ See *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 246, at para. 97; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 40; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 118; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 88; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 176-77; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at p. 1108; *R. v. Gagné*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 309-10; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 355-56.

³ Voir *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 246, par. 97; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 40; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 118; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 88; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 176-177; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, p. 1108; *R. c. Gagné*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 309-310; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 355-356.

akin to the declaration of “inconsistency” or “incompatibility” made in jurisdictions where courts do not have the authority to strike down unconstitutional legislation (see, e.g., *Attorney-General v. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Human Rights Act 1998* (U.K.), 1998, c. 42, s. 4(4) and (6)).

[113] Reading *down* is when a court limits the reach of legislation by declaring it to be of no force and effect to a precisely defined extent. Reading down is an appropriate remedy when “the offending portion of a statute can be defined in a limited manner” (*Schachter*, at p. 697). Inversely, reading *in* is when a court broadens the grasp of legislation by declaring an implied limitation on its scope to be without force or effect. Reading in is an appropriate remedy when the inconsistency with the Constitution can be defined as “what the statute wrongly excludes rather than what it wrongly includes” (*Schachter*, at p. 698 (emphasis in original)). *Severance* is when a court declares certain words to be of no force or effect, thereby achieving the same effects as reading down or reading in, depending on whether the severed portion serves to limit or broaden the legislation’s reach. Severance is appropriate where the offending portion is set out explicitly in the words of the legislation. These forms of remedy illustrate a court’s flexibility in responding to a constitutional violation.

[114] However, if granted in the wrong circumstances, tailored remedies can intrude on the legislative sphere. *Schachter* cautioned that tailored remedies should only be granted where it can be fairly assumed that “the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part” and where it is possible to precisely define the unconstitutional aspect of the law (p. 697, citing *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518). If it appears unlikely that the legislature would have enacted the tailored version of the statute, tailoring the remedy would not conform to its policy choice

du type de déclaration qu’ont proposé mes collègues les juges Côté et Brown au par. 248 de leurs motifs, s’apparente davantage à la déclaration de « non-conformité » ou d’« incompatibilité » prononcée là où les tribunaux n’ont pas le pouvoir d’annuler une loi inconstitutionnelle (voir, p. ex., *Attorney-General c. Taylor*, [2018] NZSC 104, [2019] 1 N.Z.L.R. 213; *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, c. 42, par. 4(4) et (6)).

[113] L’interprétation *atténuée* consiste pour un tribunal à limiter la portée d’une loi en la déclarant inopérante dans une mesure qu’il définit avec précision. L’interprétation atténuée est une réparation appropriée « [s]i la partie irrégulière d’une loi peut être isolée » (*Schachter*, p. 697). Inversement, l’interprétation *large* consiste pour un tribunal à étendre le champ d’application d’une loi en déclarant inopérante une limitation implicite de sa portée. L’interprétation large est une réparation appropriée lorsque l’incompatibilité avec la Constitution « découle de ce que la loi exclut à tort plutôt que de ce qu’elle inclut à tort » (*Schachter*, p. 698 (souligné dans l’original)). La *dissociation* consiste pour un tribunal à déclarer inopérants certains termes d’une loi. Cette technique a les mêmes effets que l’interprétation atténuée ou l’interprétation large dans la mesure où la partie retranchée sert à restreindre ou à élargir la portée de la loi. La dissociation est de mise lorsque la partie irrégulière de la loi est énoncée explicitement dans son libellé. Ces types de réparations démontrent la latitude dont dispose le tribunal lorsqu’il statue sur une violation constitutionnelle.

[114] Cependant, si les circonstances ne se prêtent pas à l’octroi de réparations adaptées, il se peut que les réparations empiètent sur la sphère législative. Dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a précisé que des réparations adaptées ne devraient être accordées que s’il est très plausible de présumer que « le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle » et qu’il est possible de définir avec précision la partie inconstitutionnelle de la loi (p. 697, citant *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518). S’il semble peu probable que le législateur aurait édicté la version adaptée de la loi, l’adaptation de la réparation ne serait pas

and would therefore undermine parliamentary sovereignty (*Schachter*, at pp. 705-6; *Hunter*, at p. 169). The significance of the remaining portion of the statute must be considered, and tailored remedies should not be granted when they would interfere with the legislative objective of the law as a whole (*Schachter*, at pp. 705-15). For example, in *Vriend*, Iacobucci J. read “sexual orientation” into the *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, because the term was sufficiently precise and because the legislature would rather have included that protection than sacrificed the entire scheme (paras. 155-60 and 167-69). In *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, McLachlin C.J. severed part of the tertiary ground for denying bail because the rest of the provision “is capable of standing alone without doing damage to Parliament’s intention” (para. 44). This Court has granted a remedy short of full invalidity of a statutory provision at least 24 times.⁴ Nonetheless, a tailored remedy will frequently not be appropriate. This Court has opted to fully invalidate a provision at least

conforme à son choix de politique et porterait donc atteinte à la souveraineté parlementaire (*Schachter*, p. 705-706; *Hunter*, p. 169). Le sens de la partie de la loi qui reste doit donc être examiné, et des réparations adaptées ne devraient pas être accordées lorsqu’elles risquent de nuire à l’objectif législatif de la loi dans son ensemble (*Schachter*, p. 705-715). Par exemple, dans l’arrêt *Vriend*, le juge Iacobucci a conclu que l’*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, devrait être interprétée comme si les mots « orientation sexuelle » y figuraient parce que ces mots sont assez précis et que le législateur aurait choisi d’intégrer cette catégorie protégée plutôt que de sacrifier l’ensemble du régime (par. 155-160 et 167-169). Dans l’arrêt *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, la juge en chef McLachlin a retranché une partie du troisième motif de refuser d’accorder la mise en liberté sous caution parce que le reste de la disposition « demeure applicable en soi et ne compromet pas l’intention du législateur » (par. 44). Notre Cour a accordé une réparation autre qu’une déclaration d’invalidité intégrale d’une disposition législative au moins 24 fois⁴. Néanmoins,

⁴ See *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 83; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 96; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, at paras. 83-85; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602, at paras. 30-31; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 67-115; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at paras. 126-27, 132 and 147; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 164; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 164; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 142; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at paras. 22, 44 and 45; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 70; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 1, 55 and 101; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 128-29; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paras. 105 and 159; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 23-24 and 114-18; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 148-79; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 276 and 294; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paras. 103-5; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at paras. 176-81; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at pp. 1011-16; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 243-45; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 741-43; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 101-6; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at pp. 933-34; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 88.

⁴ Voir *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 83; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 96; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, par. 83-85; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602, par. 30-31; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 67-115; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 126-127, 132 et 147; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1102, par. 164; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 164; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 142; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 22, 44, et 45; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 70; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 1, 55 et 101; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 128-129; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 105 et 159; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 23-24 et 114-118; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 148-179; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 276 et 294; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, par. 103-105; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 176-181; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, p. 1011-1016; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 243-245; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 741-743; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 101-106; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, p. 933-934; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 88.

55 times.⁵ These include the cases dealing with mandatory minimum penalties referenced above — the goal of a mandatory minimum sentence is to

une réparation adaptée ne sera souvent pas appropriée. Notre Cour a décidé d'invalidier complètement une disposition dans au moins 55 affaires⁵, dont les

⁵ Note that some of the cases listed here are also listed at footnote 4, *supra*, since they contain both full invalidations of certain legislative provisions, as well as only partial invalidations of other provisions. See *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 73; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 83; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paras. 5, 23 and 58; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 103; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, at para. 4; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180, at para. 74; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 56; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 119; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 67 and 115; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at paras. 154 and 158; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at paras. 81-89; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1102, at para. 164; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at paras. 100-103; *Quebec (Education Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at paras. 89-91; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 142; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paras. 56 and 58; *Nova Scotia (Worker's Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 118; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paras. 43 and 46; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 47-48; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at paras. 32 and 34; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 70; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at paras. 79-80; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paras. 136-45; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 131; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 86; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 292; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 803-4; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, at pp. 439-40; *Kourteissis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 89-90 and 117; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 778; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 725; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 104 and 164-65; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 207-8 and 255; *R. v. Sit*, [1991] 3 S.C.R. 124, at p. 130; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 630; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991]

⁵ Veuillez noter que certains des arrêts énumérés ci-dessous figurent aussi à la note en bas de page 4, *supra*, car la Cour y a invalidé intégralement certaines dispositions législatives et en a invalidé d'autres en partie seulement. Voir *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 73; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 83; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Québec (Procureur générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 5, 23 et 58; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 103; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, par. 4; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 74; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 56; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 119; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 67 et 115; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 154 et 158; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 81-89; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1102, par. 164; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 100-103; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 89-91; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 168; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 142; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 56 et 58; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 118; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43 et 46; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 47-48; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 32 et 34; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 70; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79-80; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 136-145; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 131; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 86; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 292; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803-804; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, p. 439-440; *Kourteissis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 89-90 et 117; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 778; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 725; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 104 et 164-165; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 207-208 et 255; *R. c. Sit*, [1991] 3 R.C.S. 124, p. 130; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 630; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 38-47; *R. c. Swain*,

remove judicial discretion, so tailoring the declaration to reintroduce that discretion would distort the provision so that it no longer conformed to its legislative purpose (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at paras. 50 and 53).

[115] Lamer C.J. was also conscious of the limitation of the judicial role, explaining in *Schachter* that tailored remedies should not be granted when they do not “flo[w] with sufficient precision from the requirements of the Constitution”, because although courts are capable of determining what the Constitution requires, they are not well-suited to making “*ad hoc* choices from a variety of options” (p. 707).

[116] In sum, consistent with the principle of constitutional supremacy embodied in s. 52(1) and the importance of safeguarding rights, courts must identify and remedy the full extent of the unconstitutionality by looking at the precise nature and scope of the *Charter* violation. To ensure the public retains the benefit of legislation enacted in accordance with our democratic system, remedies of reading down, reading in, and severance, tailored to the breadth of the violation, should be employed when possible so that the constitutional aspects of legislation are preserved (*Schachter*, at p. 700; *Vriend*, at paras. 149-50). To

affaires précitées portant sur des dispositions qui prescrivent des peines minimales obligatoires. En adoptant une disposition qui prescrit une peine minimale obligatoire, le législateur veut retirer aux juges leur pouvoir discrétionnaire en la matière. Ainsi, le fait d’adapter une déclaration de manière à rétablir ce pouvoir discrétionnaire dénaturerait la disposition en cause, qui ne serait alors plus conforme à son objectif législatif (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 50 et 53).

[115] Le juge en chef Lamer était également conscient de la limite du rôle judiciaire lorsqu’il a expliqué dans l’arrêt *Schachter* que des réparations adaptées ne devraient pas être accordées lorsqu’elles ne se « dégage[nt] pas avec suffisamment de précision des exigences de la Constitution », car même si les tribunaux sont en mesure de déterminer les exigences de la Constitution, ils ne sont pas aptes à faire « des choix particuliers entre diverses options » (p. 707).

[116] En somme, conformément au principe de la suprématie de la Constitution qui est incorporé dans le par. 52(1), et compte tenu de l’importance de protéger les droits, les tribunaux doivent définir toute l’étendue de l’inconstitutionnalité et corriger celle-ci en examinant la nature et la portée précises de la violation de la *Charte*. Pour garantir le droit du public au bénéfice des lois qui sont adoptées conformément à notre système démocratique, l’interprétation atténuée, l’interprétation large et la dissociation, qui sont des réparations adaptées à l’étendue de la violation, devraient être utilisées dans la mesure du possible afin de préserver les aspects

2 S.C.R. 22, at pp. 38-47; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1021; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at pp. 164-66, 226-27 and 251; *R. v. Arkel*, [1990] 2 S.C.R. 695, at p. 702; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 251-53; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at pp. 394-96; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1351 and 1368; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 633-34; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 745; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 812; *Corporation professionnelle des médecins du Québec v. Thibault*, [1988] 1 S.C.R. 1033, at pp. 1045-46; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 80 and 184; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1081; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 142; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 521; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169.

[1991] 1 R.C.S. 933, p. 1021; *Comité pour la République du Canada c. Canada* [1991] 1 R.C.S. 139, p. 164-166, 226-227 et 251; *R. c. Arkel*, [1990] 2 R.C.S. 695, p. 702; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes de l’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, p. 251-253; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 394-396; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1351 et 1368; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 633-634; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 745; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 812; *Corporation professionnelle des médecins du Québec c. Thibault*, [1988] 1 R.C.S. 1033, p. 1045-1046; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 80 et 184; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1081; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 142; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 521; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169.

respect the differing roles of courts and legislatures foundational to our constitutional architecture, determining whether to strike down legislation in its entirety or to instead grant a tailored remedy of reading in, reading down, or severance, depends on whether the legislature's intention was such that a court can fairly conclude it would have enacted the law as modified by the court. This requires the court to determine whether the law's overall purpose can be achieved without violating rights. If a tailored remedy can be granted without the court intruding on the role of the legislature, such a remedy will preserve a law's constitutionally compliant effects along with the benefit that law provides to the public. The rule of law is thus served both by ensuring that legislation complies with the Constitution and by securing the public benefits of laws where possible.

(4) Suspending the Effect of Section 52(1) Declarations

[117] There are times when an immediately effective declaration of invalidity would endanger an interest of such great importance that, on balance, the benefits of delaying the effect of that declaration outweigh the cost of preserving an unconstitutional law that violates *Charter* rights.

[118] In total, this Court has suspended declarations of invalidity in 23 out of approximately 90 decisions in which it declared legislation to be of no force or effect for violating the *Charter*.⁶ The

⁶ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007]

constitutionnels des lois (*Schachter*, p. 700; *Vriend*, par. 149-150). Pour respecter les rôles différents des tribunaux et des législateurs, un principe fondamental de notre architecture constitutionnelle, le choix d'annuler une loi dans sa totalité ou d'accorder une réparation adaptée en donnant à cette loi une interprétation large, une interprétation atténuée ou en retranchant une de ses dispositions dépend de la réponse à la question de savoir si l'intention du législateur était telle qu'une cour peut raisonnablement conclure qu'il aurait adopté la loi telle que l'a modifiée la cour. Pour ce faire, la cour doit déterminer si l'objet général de la loi peut être réalisé sans qu'il y ait violation des droits. Si une réparation adaptée peut être accordée sans que la cour empiète sur le rôle du législateur, une telle réparation permettra de préserver les effets conformes sur le plan constitutionnel d'une loi ainsi que le bénéfice que cette loi procure au public. La primauté du droit est donc respectée si l'on veille à la conformité des lois avec la Constitution et si l'on s'assure que le public bénéficie des lois dans la mesure du possible.

(4) Suspendre l'effet de déclarations prononcées en vertu du par. 52(1)

[117] Il arrive parfois qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat soit susceptible de porter atteinte à un intérêt qui revêt une importance si grande que, tout bien considéré, les avantages qu'il y a à suspendre l'effet de cette déclaration l'emportent sur les inconvénients du maintien d'une loi inconstitutionnelle qui viole des droits garantis par la *Charte*.

[118] En tout, notre Cour a suspendu l'effet de déclarations d'invalidité dans 23 des quelque 90 arrêts où elle a déclaré inopérantes des dispositions législatives parce qu'elles violaient la *Charte*.⁶ Au

⁶ *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Charkaoui c. Canada (Citoyenne et*

approach to suspensions has varied over the last 35 years. Suspensions were initially recognized to be available when necessary to protect against serious threats to the rule of law. Then, in *Schachter*, this Court took an approach to granting suspensions based on determining whether cases fit into one of a list of categories — threats to the rule of law, threats to public safety, or underinclusive benefits — based on the public interest in the law’s interim application. Since then, many cases have gone beyond the *Schachter* categories to grant suspensions for other reasons, including concerns related to the roles and capacities of courts and legislatures. The 12 declarations of invalidity for *Charter* violations after *Schachter* between 1992 and 1997 — from *Zundel* to *Benner* — took immediate effect. By contrast, between 2003 and 2015 — from *Trociuk* to *Carter* — 13 out of 17 s. 52(1) declarations were suspended. Those more recent cases have been criticized for suspending declarations too frequently and without sufficient explanation. This case gives the Court an opportunity to recalibrate the remedial principles that guide the judicial discretion to delay the effect of a declaration of invalidity.

cours des 35 dernières années, la méthode utilisée pour suspendre des déclarations d’invalidité a varié. La possibilité de procéder à une suspension a initialement été reconnue lorsqu’une telle réparation était nécessaire pour se prémunir contre de graves menaces à la primauté du droit. Ensuite, dans l’arrêt *Schachter*, notre Cour a statué que pour déterminer s’il faut suspendre l’effet de déclarations, il faut se demander si la loi en cause s’inscrit dans une liste de catégories — la primauté du droit est menacée, il existe un danger pour le public ou la loi comporte des avantages limitatifs — en tenant compte de l’intérêt qu’a le public à ce que la loi soit appliquée de façon temporaire. Depuis cet arrêt, d’autres catégories que celles énumérées dans l’arrêt *Schachter* ont été prises en compte pour suspendre l’effet de déclarations pour d’autres motifs, dont l’existence de préoccupations quant aux rôles et à la compétence des tribunaux et des législateurs. Les 12 déclarations d’invalidité qui ont été prononcées après l’arrêt *Schachter* entre 1992 et 1997 par suite de violations de la *Charte* — de l’arrêt *Zundel* à l’arrêt *Benner* — ont pris effet immédiatement. Par contre, entre 2003 et 2015 — de l’arrêt *Trociuk* à l’arrêt *Carter* — l’effet de 13 déclarations sur 17 qui avaient été prononcées en vertu du par. 52(1) a été suspendu. La suspension de l’effet de déclarations dans ces arrêts plus récents a été critiquée parce que cette réparation a été utilisée trop souvent sans qu’une explication suffisante soit fournie. Dans la présente affaire, la Cour a l’occasion de réorienter les principes en matière de réparation qui guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire qu’ont les tribunaux de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité.

1 S.C.R. 350; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *Nova Scotia (Worker’s Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *U.F.C.W., Local 1518 v. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *Nouvelle-Écosse (Worker’s Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

[119] Suspensions of declarations of invalidity have attracted significant concern even as they have come to be used in jurisdictions around the world, including Canada, Germany, South Africa, Hong Kong, and Indonesia (see, e.g., Leckey; S. Jhaveri, “Sunsetting suspension orders in Hong Kong”, in P. J. Yap, ed., *Constitutional Remedies in Asia* (2019), 49). While most accept that there will be some circumstances when the immediate enforcement of rights must give way to other constitutional concerns, opinions vary on the appropriate underlying principles and the right balance between them. Some argue suspensions should only be granted in “extreme cases” in order to prevent “legal chaos” (B. Bird, “The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity” (2019), 42 *Man. L.J.* 23, at pp. 39 and 46). Others suggest that suspensions can be granted to “remand complex issues to legislative institutions” (S. Choudhry and K. Roach, “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at p. 232), giving them the first opportunity to respond to a finding of unconstitutionality. Still others endorse an approach based on proportionality, which would import considerations from the *Oakes* test to require the government to demonstrate that a suspension is justified (Hoole, at pp. 136-47; B. Ryder, “Suspending the Charter” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267, at pp. 282-83). But all commentators recognize some discretion to grant suspensions in Canada.

[120] While s. 52(1) does not explicitly provide the authority to suspend a declaration,⁷ in adjudicating constitutional issues, courts “may have regard to

⁷ Unlike, e.g., the Constitution of South Africa, s. 172(1)(b)(ii), which grants a court the power to “make any order that is just and equitable, including . . . an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect”.

[119] La suspension de l’effet de déclarations d’invalidité a suscité de grandes préoccupations même si elle en est venue à être utilisée un peu partout dans le monde, notamment au Canada, en Allemagne, en Afrique du Sud, à Hong Kong et en Indonésie (voir, p. ex., Leckey; S. Jhaveri, « Sunsetting suspension orders in Hong Kong » dans P. J. Yap, dir., *Constitutional Remedies in Asia* (2019), 49). Bien que la plupart des auteurs reconnaissent que la mise en œuvre immédiate des droits doit céder le pas à d’autres préoccupations constitutionnelles dans certaines circonstances, les opinions varient en ce qui a trait aux principes sous-jacents applicables et au juste équilibre qui doit être établi entre ces principes. D’aucuns soutiennent que l’effet d’une déclaration d’invalidité ne devrait être suspendu que dans les [TRADUCTION] « cas extrêmes » afin d’éviter le « chaos juridique » (B. Bird, « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity » (2019), 42 *Man. L.J.* 23, p. 39 et 46). D’autres suggèrent que l’effet de déclarations d’invalidité peut être suspendu pour [TRADUCTION] « renvoyer des questions complexes à des institutions législatives » (S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 232), ce qui leur donne l’occasion d’être les premières à répondre à un constat d’inconstitutionnalité. D’autres encore souscrivent à une méthode fondée sur la proportionnalité qui comporterait des facteurs tirés du critère de l’arrêt *Oakes* afin d’obliger le gouvernement à démontrer qu’une suspension est justifiée (Hoole, p. 136-147; B. Ryder, « Suspending the Charter » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 267, p. 282-283). Cependant, tous les auteurs reconnaissent un certain pouvoir discrétionnaire de suspendre l’effet de déclarations d’invalidité au Canada.

[120] Même si le par. 52(1) ne confère pas explicitement le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration⁷, dans les décisions constitutionnelles,

⁷ Contrairement, p. ex., à l’al. 172(1)(b) de la Constitution de l’Afrique du Sud qui accorde à la cour le pouvoir de [TRADUCTION] « rendre toute ordonnance qu’elle estime juste et équitable, dont [. . .] (ii) une ordonnance suspendant l’effet de la déclaration d’invalidité pour une période déterminée et, sous réserve des conditions que celle-ci fixe, autorisant les autorités compétentes à suspendre le vice ».

unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada” (*Manitoba Language Rights*, at p. 752; see also *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 52).

[121] The power to suspend the effect of a declaration of invalidity should be understood to arise from accommodation of broader constitutional considerations and is included in the power to declare legislation invalid (see *Koo Sze Yiu v. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455, at para. 35). This is only one way in which giving immediate and retroactive effect to the fundamental rights and freedoms guaranteed by the *Charter* must, at times, yield to other imperatives. This reflects the “clear distinction between declaring an Act unconstitutional and determining the practical and legal effects that flow from that determination” (*Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1195). As examples, even when a declaration of invalidity is made, other legal doctrines, including the *de facto* doctrine, *res judicata*, and the law of limitations, may restrict its retrospective reach (*Hislop*, at para. 101).

[122] The idea that the effect of a declaration could be suspended originally aimed to protect against a potential emergency. In 1985, in *Manitoba Language Rights*, nearly all of Manitoba’s legislation was declared unconstitutional for being enacted in English alone. The Court issued a temporary declaration that the laws were valid in order to give the legislature the chance to re-enact them. The Court grounded this move in the constitutional principle of the rule of law, explicitly recognized in the preambles to the *Constitution Act, 1867*, and the *Charter*, and implicit in the “very nature of a Constitution” (*Manitoba Language Rights*, at p. 750). The rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws to govern society; a legal vacuum, along with the inevitable legal chaos, would have violated that principle (p. 753). The period of temporary validity ran from the date of judgment “to the

les tribunaux « peu[ven]t tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 752; voir aussi *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 52).

[121] Le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité devrait être perçu comme découlant de la prise en compte de considérations constitutionnelles générales et ce pouvoir est compris dans celui de déclarer une loi invalide (voir *Koo Sze Yiu c. Chief Executive of the HKSAR*, [2006] 3 H.K.L.R.D. 455, par. 35). Il ne s’agit là que d’un exemple parmi d’autres de cas où le fait de donner immédiatement et rétroactivement effet aux droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte* doit, parfois, céder le pas à d’autres impératifs. Cela reflète la « différence manifeste entre le fait de déclarer une loi inconstitutionnelle et la détermination des conséquences d’ordre pratique et juridique qui découlent de cette déclaration » (*Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1195). Par exemple, même dans les cas où une déclaration d’invalidité est prononcée, d’autres doctrines juridiques, telles que le principe de la validité *de facto*, l’autorité de la chose jugée ou les règles de prescription, peuvent restreindre la portée rétrospective de la déclaration (*Hislop*, par. 101).

[122] À l’origine, l’idée que l’effet d’une déclaration pouvait être suspendu avait pour but de se protéger contre une situation d’urgence potentielle. En 1985, dans l’arrêt *Droits linguistiques au Manitoba*, presque toutes les lois du Manitoba ont été déclarées inconstitutionnelles parce qu’elles avaient été adoptées en anglais seulement. La Cour a alors déclaré temporairement valides ces lois afin de permettre au législateur de les adopter de nouveau. Pour en arriver à cette décision, la Cour s’est appuyée sur le principe constitutionnel de la primauté du droit, qui est explicitement reconnu dans les préambules de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte* et qui est implicite de par la « nature même d’une constitution » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 750). La primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif régissant la société; la création d’un vide juridique, de même que le chaos

expiry of the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing” (p. 767).

[123] The Court suspended the effect of a declaration of invalidity for the first time in a *Charter* case in *Swain*, in which automatic detention for those acquitted on what was then called the ground of “insanity” was found unconstitutional. Lamer C.J. suspended the declaration due to a concern that if the provision was immediately struck down, judges would have to free “those who may well be a danger to the public” (p. 1021).

[124] In *Schachter*, Lamer C.J. recognized three categories of cases in which suspensions could be granted: threats to the rule of law, threats to public safety, and underinclusive legislation (pp. 715-16). The first category flows directly from *Manitoba Language Rights*; the second corresponds with *Swain*; and the third category represents the circumstances of *Schachter* itself, in which immediate invalidity of the law would have deprived those entitled to financial benefits under the law without providing any remedy for those directly excluded from the benefits in question. All three categories reflect constitutionally grounded considerations, including recognizing the public’s interest in legislation passed for its benefit. Suspending the effect of a declaration is one tool that allows courts to preserve the rights and entitlements that existing schemes extend to the public.

[125] *Schachter*’s categorical approach has resulted in uncertainty about when suspensions will be granted. Some decisions have gone beyond the *Schachter* categories. For example, a suspension was endorsed where it promoted a co-operative solution

en la matière qui s’ensuivrait inévitablement seraient contraires à ce principe (p. 753). La période de validité temporaire a commencé à courir à compter de la date du jugement et a pris fin « à l’expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier » (p. 767).

[123] La Cour a suspendu l’effet d’une déclaration d’invalidité pour la première fois dans une affaire portant sur la *Charte* dans l’arrêt *Swain*, où elle a déclaré inconstitutionnelle la détention automatique d’une personne acquittée pour cause de ce qu’on appelait à l’époque l’« aliénation mentale ». Le juge en chef Lamer a suspendu l’effet de la déclaration de crainte que les juges soient obligés de libérer les personnes acquittées « qui pourraient fort bien présenter un danger pour le public » (p. 1021) si la disposition législative était immédiatement invalidée.

[124] Dans l’arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a reconnu l’existence de trois catégories de cas où l’effet d’une déclaration d’invalidité peut être suspendu : lorsque la primauté du droit est menacée, lorsque la sécurité du public est en danger, et lorsque la loi est limitative (p. 715-716). La première catégorie découle directement de l’arrêt *Droits linguistiques au Manitoba*, alors que la deuxième catégorie correspond à celle établie dans l’arrêt *Swain*, et la troisième catégorie représente les circonstances de l’arrêt *Schachter* lui-même, dans lequel l’invalidation immédiate de la disposition législative aurait privé des personnes admissibles des avantages financiers auxquels elles avaient droit en vertu de la loi, sans offrir de réparation aux personnes directement privées des avantages en question. Les trois catégories tiennent toutes compte de considérations fondées sur la Constitution, y compris la reconnaissance de l’intérêt qu’a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice. La suspension de l’effet d’une déclaration constitue donc pour les tribunaux un moyen de préserver les droits et privilèges que les régimes existants confèrent au public.

[125] L’approche fondée sur des catégories qui a été adoptée dans l’arrêt *Schachter* a causé de l’incertitude en ce qui concerne le moment où l’effet d’une déclaration d’invalidité sera suspendu. Dans certains arrêts, d’autres catégories que celles établies dans

in the Aboriginal rights context (*R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, at para. 51) and granted where it was analogous to a *Schachter* category (*Trociuk*, at para. 43). In other cases, failing to fit into a *Schachter* category has been given as an explanation for declining to grant a suspension (*Boudreault*, at para. 98; *Hislop*, at para. 121). At times, the Court has provided *no* explanation for suspending the effect of its declaration (*Mounted Police Association*, at para. 158; *Saskatchewan Federation of Labour*, at para. 103). Academic commentators have noted the lack of transparent reasoning in some of this Court’s decisions to grant suspensions (Roach (2004); Hoole, at pp. 118-23).

[126] A principled approach makes it possible to reconcile these cases on suspended declarations, and encourage consistency and transparency. As I will explain, the government bears the onus of demonstrating that a compelling public interest, like those included in *Schachter*, supports a suspension. These compelling interests cannot be reduced to a closed list of categories, but will be related to a remedial principle grounded in the Constitution — typically, the principle that the public is entitled to the benefit of legislation or that courts and legislatures play different institutional roles. The categorical approach in *Schachter* has been overtaken by the underlying remedial principles that animated those categories. This is not surprising, given that *Schachter* had a limited number of cases to draw from in establishing its categorical approach.

[127] As well, the relevance of some of the underlying principles has evolved in our jurisprudence. Lamer C.J. specifically noted in *Schachter* that “whether to delay the application of a declaration of

Schachter ont été énoncées. Par exemple, la suspension de l’effet d’une déclaration a été approuvée lorsque cette réparation favorisait la recherche de solutions communes dans le contexte des droits ancestraux (*R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 51), et cette réparation a été accordée lorsqu’elle s’inscrivait dans une catégorie analogue à l’une de celles établies dans l’arrêt *Schachter* (*Trociuk*, par. 43). Dans d’autres arrêts, le fait qu’un cas ne s’inscrivait pas dans l’une des catégories établies dans l’arrêt *Schachter* a été invoqué pour expliquer le refus de suspendre l’effet d’une déclaration (*Boudreault*, par. 98; *Hislop*, par. 121). Parfois, la Cour n’a fourni *aucune* explication pour justifier la suspension de l’effet de sa déclaration (*Association de la police montée*, par. 158; *Saskatchewan Federation of Labour*, par. 103). Certains auteurs de doctrine ont également souligné l’absence de raisonnement transparent dans certains des arrêts de notre Cour où l’effet d’une déclaration d’invalidité a été suspendu (Roach (2004); Hoole, p. 118-123).

[126] Une méthode fondée sur des principes permet de concilier ces précédents sur la suspension de l’effet d’une déclaration en plus de favoriser l’uniformité et la transparence. Comme je vais l’expliquer, il incombe au gouvernement de démontrer qu’un intérêt public impérieux, semblable à ceux que vise l’arrêt *Schachter*, justifie de prononcer la suspension. Ces intérêts impérieux ne peuvent se limiter à une liste exhaustive de catégories, mais doivent être liés à un principe de réparation fondé sur la Constitution — habituellement le principe selon lequel le public a droit au bénéfice de la loi ou suivant lequel les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents. L’approche fondée sur des catégories qui a été adoptée dans l’arrêt *Schachter* a été remplacée par les principes sous-jacents en matière de réparation sur lesquels reposaient les catégories établies, ce qui n’est pas surprenant, puisque, dans l’arrêt *Schachter*, la Cour s’est appuyée sur un petit nombre d’affaires pour établir son approche fondée sur les catégories.

[127] En outre, la pertinence de certains des principes sous-jacents a évolué dans notre jurisprudence. Le juge en chef Lamer a expressément souligné dans l’arrêt *Schachter* que « [l]a question de savoir s’il y

[invalidity] should . . . turn not on considerations of the role of the courts and the legislature, but rather on considerations . . . relating to the effect of an immediate declaration on the public” (p. 717 (emphasis added)).

[128] Nonetheless, since the late 1990s, the general principle that courts and legislatures have different roles and competencies has informed how the Court exercises its jurisdiction to suspend the effect of its declarations for a period of time. No fewer than 10 decisions of this Court have relied on the differing capacities and roles of legislatures and courts when suspending declarations’ effects.⁸ Roach has argued that the *dicta* in *Schachter* quoted in the previous paragraph should be rejected or qualified in light of these decisions, and institutional roles should be explicitly recognized as a legitimate rationale for granting suspensions (Roach (2004), at p. 144). On the most expansive version of that view, suspensions allow the legislature to determine the remedy for its own breach of the Constitution, thereby “eliminat[ing] or dilut[ing] the counter-majoritarian objection to judicial review [of statutes]” (Choudhry and Roach, at p. 227). In my view, this presupposes an unduly narrow view of the role of courts. Respecting the legislature cannot come at the expense of the functions the Constitution assigns to the judiciary: giving effect to constitutional rights and making determinations of law.

⁸ *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 118-19; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 147; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 140; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 46; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 102; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 41; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 66.

lieu de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité ne devrait pas dépendre de considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs, mais plutôt de considérations [. . .] sur l’effet d’une déclaration d’invalidité sur le public » (p. 717 (je souligne)).

[128] Néanmoins, depuis la fin des années 1990, le principe général selon lequel les tribunaux et les législateurs ont des rôles et des compétences différents a guidé la manière dont la Cour exerce sa compétence pour suspendre l’effet de ses déclarations pendant une période donnée. Dans pas moins de 10 arrêts, notre Cour s’est appuyée sur les différents rôles et attributions des législateurs et des tribunaux pour suspendre les effets de déclarations⁸. Le professeur Roach a soutenu que les remarques incidentes de l’arrêt *Schachter* citées dans le paragraphe précédent devraient être rejetées ou nuancées compte tenu de ces jugements, et que les rôles institutionnels devraient être explicitement reconnus comme un motif légitime pour suspendre la prise d’effet de déclarations (Roach (2004), p. 144). Selon l’acception la plus large de cette conception, les suspensions permettent aux législateurs de décider de la réparation qu’il convient d’accorder pour corriger leur propre violation de la Constitution, [TRADUCTION] « élimin[ant] ou atténu[ant] [ainsi] l’objection contre-majoritaire au contrôle judiciaire [des lois] » (Choudhry et Roach, p. 227). À mon avis, cette acception suppose une interprétation trop étroite du rôle des tribunaux. Le respect du rôle du législateur ne peut pas se faire au détriment des fonctions que la Constitution attribue aux tribunaux, soit celles de donner effet aux droits constitutionnels et de tirer des conclusions de droit.

⁸ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 118-119; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 147; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 140; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 168; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 46; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 102; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 41; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 66.

[129] Although institutional roles can be relevant to remedial discretion, the decisions that rely on them have by and large failed to transparently explain how those roles can legitimately motivate suspensions (Hoole, at pp. 118-23). The relevance of institutional roles to granting suspensions cannot be divorced from the underlying rationale for granting suspensions in the first place: avoiding the harmful and undesirable consequences of an immediate declaration. In my view, *Schachter* and the cases that have come since are best reconciled by recognizing that allowing the legislature to fulfil its law making role can be a relevant consideration in whether to grant a suspension, but only when the government demonstrates that an immediately effective declaration would *significantly impair* the ability to legislate.

[130] In determining whether to exercise remedial discretion to suspend a declaration of invalidity, the Court should consider whether and to what extent the government has demonstrated that an immediately effective declaration would have a limiting effect on the legislature's ability to set policy. In the vast majority of cases, as Bruce Ryder recognizes, "[a] suspended declaration neither enlarges nor diminishes the range of constitutional choices open to a legislature" (p. 285). For example, in *M. v. H.*, in which the Court found unconstitutional the definition of "spouse" denying benefits to same-sex spouses, the effect of a declaration of invalidity was suspended because "if left up to the courts, these issues could only be resolved on a case-by-case basis at great cost to private litigants and the public purse. Thus, . . . the legislature ought to be given some latitude in order to address these issues in a more comprehensive fashion" (para. 147). However, an immediately effective declaration would not have prevented the legislature from addressing the issues more comprehensively in light of the Court's decision. By contrast, there may be some cases where an immediate declaration could create legal rights that could narrow the range of constitutional policy

[129] Bien que les rôles institutionnels puissent être pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation, les tribunaux n'ont pas expliqué de façon transparente comment ces rôles pouvaient être un motif légitime pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité lorsqu'ils se sont appuyés sur ceux-ci pour rendre leur décision (Hoole, p. 118-123). La pertinence des rôles institutionnels pour suspendre l'effet de déclarations d'invalidité ne peut être dissociée de la raison d'être première de la suspension de l'effet de déclarations, soit éviter les conséquences néfastes et indésirables d'une déclaration avec effet immédiat. À mon avis, la meilleure manière de concilier l'arrêt *Schachter* et les décisions qui ont été rendues par la suite serait de reconnaître que le fait de permettre au législateur de s'acquitter de son rôle d'adopter des lois est un facteur pertinent pour trancher la question de savoir si l'effet d'une déclaration d'invalidité doit être suspendu, mais seulement lorsque le gouvernement établit qu'une déclaration avec effet immédiat *nuirait considérablement* à la capacité du législateur de légiférer.

[130] Pour décider si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire de réparation pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, la Cour devrait se demander si et dans quelle mesure le gouvernement a établi qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat limite la capacité du législateur à mettre en place des politiques. Comme l'a reconnu Bruce Ryder, dans la grande majorité des cas, [TRANSDUCTION] « [u]ne déclaration dont l'effet a été suspendu n'augmente pas ni ne réduit la gamme de choix constitutionnels dont dispose un législateur » (p. 285). Par exemple, dans l'arrêt *M. c. H.*, où la Cour a déclaré inconstitutionnelle la définition de « conjoint » qui prive d'un bénéfice les conjoints de même sexe, l'effet d'une déclaration d'invalidité a été suspendu parce que « si ces questions étaient laissées à l'appréciation des tribunaux, elles ne pourraient être tranchées que sur la base du cas par cas, à grands frais pour les plaideurs privés et pour le contribuable. Par conséquent, [. . .] il faut accorder au législateur une certaine latitude pour lui permettre d'aborder ces questions d'une façon plus globale » (par. 147). Cependant, une déclaration avec effet immédiat n'aurait pas empêché le législateur d'aborder ces questions d'une façon plus globale compte tenu de

choices available to the government or undermine the effectiveness of its policy choices. As I shall explain, this case offers an example of a situation in which the legal rights created by the declaration of invalidity could undermine the effectiveness of the legislature's policy choices. Even so, avoiding such restrictions on the ability to legislate is but a relevant consideration, and may not be sufficient to justify a suspension of invalidity.

[131] The benefit achieved (or harm avoided) by the suspension must then be transparently weighed against countervailing fundamental remedial principles, namely the principles that *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies and that the public has an interest in constitutionally compliant legislation. This includes considering factors such as the significance of the rights infringement (*Bedford*, at para. 167) — for example, the weight given to ongoing rights infringement will be especially heavy when criminal jeopardy is at stake — and the potential that the suspension will create harm such as legal uncertainty (Leckey, at pp. 594-95). Albeit in different constitutional contexts, the Constitutional Courts of South Africa and Germany have similarly recognized that the propriety of a constitutional remedy short of an immediate declaration of invalidity is a question of balancing the harms of failing to immediately protect rights against the harms of an immediate declaration (see, e.g., *Coetzee v. Government of the Republic of South Africa*, [1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631, at para. 76; BVerfG, 2 BvC 62/14, Decision of January 29, 2019 (Germany), at paras. 136-37).

[132] However, a balancing approach does not mean that suspensions will be easier to justify. A categorical approach may have been intended to provide

la décision de la Cour. Par contre, dans certains cas, une déclaration avec effet immédiat pourrait créer des droits juridiques qui limiteraient la gamme de choix de politiques constitutionnels dont dispose le gouvernement ou qui compromettraient l'efficacité de ses choix de politique. Comme je l'expliquerai, la présente affaire constitue un exemple de situation où les droits juridiques créés par une déclaration d'invalidité pourraient compromettre l'efficacité des choix de politique du législateur. Or, le fait d'éviter de restreindre ainsi la capacité du législateur de légiférer n'est qu'un facteur pertinent à prendre en considération et peut ne pas être suffisant pour justifier la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité.

[131] L'avantage qui découle de la suspension (ou le préjudice que celle-ci permet d'éviter) doit alors être soupesé de façon transparente avec les principes fondamentaux faisant contrepoids en matière de réparation, soit le principe selon lequel les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l'octroi de réparations efficaces et le principe selon lequel il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution. Pour ce faire, divers facteurs doivent être pris en considération, dont l'importance de l'atteinte aux droits (*Bedford*, par. 167) — ainsi, l'atteinte continue aux droits aura un très grand poids lorsqu'un risque de poursuite criminelle est en jeu — et le préjudice que pourrait causer la suspension, comme la création d'une incertitude juridique (Leckey, p. 594-595). Bien que les contextes constitutionnels soient différents, les cours constitutionnelles de l'Afrique du Sud et de l'Allemagne ont également reconnu que le bien-fondé d'une réparation constitutionnelle autre qu'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat repose sur l'équilibre qui peut être établi entre les préjudices qui sont causés lorsque les droits des individus ne sont pas protégés immédiatement et les préjudices qui découlent d'une déclaration avec effet immédiat (voir, p. ex., *Coetzee c. Government of the Republic of South Africa*, [1995] ZACC 7, 1995 (4) S.A. 631, par. 76; BVerfG, 2 BvC 62/14, décision du 29 janvier 2019 (Allemagne), par. 136-137).

[132] Toutefois, l'établissement d'un équilibre ne signifie pas pour autant qu'il est plus facile de justifier la suspension. L'approche fondée sur des

narrow circumstances in which an unconstitutional law may continue to apply temporarily, but it has not had that effect. A balancing approach permits courts to engage with the underlying principles and ensure that a delayed declaration is not ordered unless there are compelling reasons to do so. The appropriate balance will result in suspensions only in rare circumstances. Given the imperative language of s. 52(1), and the importance of the fundamental remedial principles of constitutional compliance and of providing an effective remedy that safeguards the rights of those directly affected, there is a strong interest in declarations with immediate effect. Indeed, leaving unconstitutional laws on the books can lead to legal uncertainty and instability, especially if those laws are criminal prohibitions, which compel multiple actors (including police, Crown prosecutors, and the public) to conduct themselves in a certain way (Leckey, at pp. 594-95). Public confidence in the Constitution, the laws, and the justice system is undermined when an unconstitutional law continues to have legal effect without a compelling basis. And, of course, the violation of constitutional rights weighs heavily in favour of an immediate declaration of invalidity. A principled approach requires these countervailing factors to be weighed and does not allow for a suspension to be granted simply because the case engages, for example, public safety. In practice, therefore, a principled approach is disciplined and would be more stringent than a categorical approach, because any suspension must be specifically justified.

[133] Thus, I agree with the submissions of the Asper Centre that the government bears the onus of demonstrating that the importance of another compelling interest grounded in the Constitution outweighs the continued breach of constitutional rights. In each case, the specific interest, and the manner in which an immediate declaration would

catégories avait peut-être pour objectif de définir les circonstances limitées dans lesquelles une loi inconstitutionnelle peut continuer de s'appliquer de façon temporaire, mais elle n'a pas eu cet effet. L'établissement d'un équilibre permet aux tribunaux de faire intervenir les principes sous-jacents applicables et de veiller à ce que la suspension de l'effet d'une déclaration ne soit pas ordonnée à moins que des raisons impérieuses le justifient. Lorsqu'un juste équilibre est établi, l'effet d'une déclaration n'est suspendu qu'en de rares circonstances. Compte tenu du libellé impératif du par. 52(1), et de l'importance des principes fondamentaux en matière de réparation que sont la conformité des lois avec la Constitution et l'octroi de réparations efficaces afin de protéger les droits des personnes directement touchées, les déclarations avec effet immédiat revêtent un grand intérêt. En effet, si des lois inconstitutionnelles demeurent en vigueur indéfiniment, une incertitude et une instabilité juridiques pourraient alors s'installer, surtout si ces lois établissent des interdictions criminelles qui obligent de nombreux acteurs (dont les corps de police, les procureurs de la Couronne et le public) à se comporter d'une certaine façon (Leckey, p. 594-595). La confiance du public dans la Constitution, les lois et le système juridique est ébranlée lorsqu'une loi inconstitutionnelle continue d'avoir un effet juridique sans qu'une raison impérieuse ne le justifie. Évidemment, la violation de droits constitutionnels milite fortement en faveur d'une déclaration d'invalidité avec effet immédiat. Dans la pratique, une méthode fondée sur des principes exige que ces facteurs opposés soient soupesés et ne permet pas la suspension de l'effet d'une déclaration simplement parce que l'affaire met en jeu la sécurité du public, par exemple. Une méthode fondée sur des principes est donc disciplinée en pratique et serait plus rigoureuse qu'une approche fondée sur des catégories, parce que toute suspension doit être justifiée de manière précise.

[133] Par conséquent, je suis d'accord avec les observations du Asper Centre selon lesquelles il incombe au gouvernement de démontrer que l'importance d'un autre intérêt impérieux fondé sur la Constitution l'emporte sur la violation continue de droits constitutionnels. Dans chaque cas, l'intérêt précis, ainsi que la manière dont une déclaration avec

endanger that interest, must be identified and, where necessary, supported by evidence. Suspensions of declarations of invalidity will be rare. Indeed, this aligns with this Court's recent practice. This Court has not suspended the effect of a declaration of invalidity since its decision in *Carter* over five years ago, making 13 immediately effective declarations that legislation was of no force or effect for violating the *Charter* over that period.⁹

[134] When deciding whether to grant a suspension, a court must also determine its length. In Hong Kong, the Court of Final Appeal has said that suspensions should not be granted for longer than “necessary” (*Koo Sze Yiu*, at para. 41). In *Corbiere*, on the other hand, suspending the effect of the declaration for a relatively long period allowed the legislature greater flexibility in putting its capacity to consult to use (paras. 119 and 121, per L’Heureux-Dubé J.). In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13, the extension of a suspension was accompanied by a process by which any rights holder could apply for a remedy under s. 24(1) to alleviate the harmful impact of the unconstitutional provision.

[135] In my view, the onus to demonstrate the appropriate length of time remains with the government

effet immédiat menacerait cet intérêt, doit être défini et, le cas échéant, étayé par une preuve. La suspension d’effet d’une déclaration d’invalidité est rare. Cette façon de faire cadre d’ailleurs avec la pratique récente de notre Cour. En effet, notre Cour n’a pas suspendu l’effet d’une déclaration d’invalidité depuis qu’elle a rendu sa décision dans l’arrêt *Carter* il y a plus de cinq ans. Au cours de la période qui s’est écoulée depuis cet arrêt, elle a prononcé 13 déclarations avec effet immédiat portant inopérabilité de dispositions législatives parce qu’elles violaient la *Charte*⁹.

[134] Lorsqu’il décide si l’effet d’une déclaration d’invalidité doit être suspendu, le tribunal doit également fixer la durée de la suspension. À Hong Kong, la Cour de dernier ressort a affirmé que l’effet d’une déclaration ne devrait pas être suspendu plus longtemps qu’il n’est [TRADUCTION] « nécessaire » (*Koo Sze Yiu*, par. 41). En revanche, dans l’arrêt *Corbiere*, la suspension de la prise d’effet de la déclaration pour une période relativement longue a donné au législateur une plus grande marge de manœuvre pour mettre à profit sa capacité de consulter (par. 119 et 121, la juge L’Heureux-Dubé). Dans l’arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13, la prorogation de la suspension de la prise d’effet d’une déclaration était assortie d’un processus par lequel tout titulaire de droits pouvait demander une réparation en vertu du par. 24(1) pour atténuer l’effet préjudiciable de la disposition inconstitutionnelle.

[135] À mon avis, il incombe encore au gouvernement d’établir la durée que doit avoir la suspension

⁹ *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602, at para. 32; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401.

⁹ *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602, par. 32; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401.

and there is no “default” length of time such as 12 months. In *Manitoba Language Rights*, in the absence of submissions, this Court considered itself ill-equipped to determine the appropriate length of time for Manitoba’s legislature to re-enact all of its legislation in both English and French (p. 769). It is the government’s responsibility to make a case for the length of the suspension it seeks.

[136] I add this. My colleagues contend that s. 33 of the *Charter* is an express and, thus, more legitimate source of authority that allows Parliament or a provincial legislature to suspend the effect of a declaration of invalidity. Since the Constitution gives Parliament and the provincial legislatures this power, my colleagues suggest that suspension is legislative in nature and at odds with the judicial role.

[137] This is an unsustainable proposition. Section 33 permits Parliament or a provincial legislature to temporarily exempt an Act from the application of rights and freedoms guaranteed by ss. 2 and 7 to 15 of our *Charter*, even for purely political reasons (*Charter*, ss. 32(1) and 33(1) and (2); *Quebec Association of Protestant School Boards*, at p. 86). When a court determines that a law violates the *Charter* in a manner that cannot be justified in a free and democratic society under s. 1, the court must grant the appropriate remedy. This includes, in some rare cases, delaying the effects of a declaration of invalidity based on a compelling public interest. Court-ordered suspension leaves Parliament and the legislatures free to respond to the declaration of invalidity, including by using s. 33 (see *Vriend*, at paras. 139 and 178). The court cannot shirk its responsibility to remedy constitutional violations simply because s. 33 permits Parliament or a legislature to exceptionally override certain *Charter* rights and freedoms.

[138] The court has the authority — and responsibility — to determine whether a declaration of invalidity should be suspended. It is not for the courts

de la prise d’effet d’une déclaration et il n’existe pas de durée « par défaut » de 12 mois. Dans *Droits linguistiques au Manitoba*, notre Cour, qui n’avait pas été saisie d’observations sur ce point, s’est estimée mal outillée pour fixer le délai approprié à accorder à la législature du Manitoba pour adopter de nouveau toutes ses lois tant en français qu’en anglais (p. 769). Il appartient au gouvernement de justifier le délai de la suspension qu’il sollicite.

[136] J’ajouterai ceci. Mes collègues affirment que l’art. 33 de la *Charte* est une source de pouvoir explicite et, de ce fait, plus légitime qui permet au législateur fédéral ou provincial de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité. Selon mes collègues, étant donné que la Constitution accorde ce pouvoir aux législateurs fédéral et provinciaux, la suspension serait une mesure de nature législative et en contradiction avec la fonction judiciaire.

[137] Cette proposition est insoutenable. L’article 33 permet au législateur fédéral ou provincial de soustraire temporairement une loi à l’application des droits et libertés garantis par les art. 2 et 7 à 15 de notre *Charte*, même pour des motifs purement politiques (*Charte*, par. 32(1) ainsi que 33(1) et (2); *Québec Association of Protestant School Boards*, p. 86). Lorsque le tribunal conclut qu’une loi viole la *Charte* d’une façon qui ne peut se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier, il doit accorder la réparation appropriée. Dans de rares cas, cette réparation prend la forme d’une suspension des effets d’une déclaration d’invalidité au vu d’un intérêt public impérieux. La suspension ordonnée par le tribunal laisse aux législateurs fédéral et provinciaux le loisir de répondre à la déclaration d’invalidité, notamment en recourant à l’art. 33 (voir *Vriend*, par. 139 et 178). Le tribunal ne peut se dérober à sa responsabilité d’accorder une réparation en cas de violation de la Constitution simplement parce que l’art. 33 permet au législateur fédéral ou provincial de passer outre, dans des cas exceptionnels, à certains droits et libertés garantis par la *Charte*.

[138] Le tribunal a le pouvoir — et l’obligation — de se prononcer sur l’opportunité de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité. Il n’appartient pas

to direct or encourage Parliament and the provincial legislatures to use their exceptional authority to override *Charter* rights and freedoms.

[139] In sum, the effect of a declaration should not be suspended unless the government demonstrates that an immediately effective declaration would endanger a compelling public interest that outweighs the importance of immediate constitutional compliance and an immediately effective remedy for those whose *Charter* rights will be violated. The court must consider the impact of such a suspension on rights holders and the public, as well as whether an immediate declaration of invalidity would significantly impair the legislature's democratic authority to set policy through legislation. The period of suspension, where warranted, should be long enough to give the legislature the amount of time it has demonstrated it requires to carry out its responsibility diligently and effectively, while recognizing that every additional day of rights violations will be a strong counterweight against giving the legislature more time.

(5) Individual Remedies — Exemptions From Suspensions

[140] Where a declaration of invalidity is suspended, it often raises the issue of whether the claimant should receive an individual remedy or exemption from that suspension. The Attorney General argues that individual exemptions from suspensions should not be granted except in extreme circumstances where the claimant will not benefit from the declaration absent an exemption. He says individual exemptions create uncertainty and undermine the rule of law by applying laws to everyone except the claimants who challenged them. He says granting individual exemptions usurps the role of the legislature by imposing judicial discretion where the statute precludes it.

aux tribunaux d'ordonner aux législateurs fédéral et provinciaux d'exercer leur pouvoir exceptionnel pour passer outre à des droits et libertés protégés par la *Charte*, ou de les inciter à le faire.

[139] En somme, l'effet d'une déclaration ne devrait pas être suspendu à moins que le gouvernement ne démontre qu'une déclaration avec effet immédiat menacerait un intérêt public impérieux qui l'emporte sur l'importance de se conformer immédiatement à la Constitution et sur une réparation qui s'appliquerait immédiatement aux personnes dont les droits garantis par la *Charte* seront violés. Le tribunal doit se demander quelle sera l'incidence d'une telle suspension sur les titulaires de droits et le public, et doit établir si une déclaration d'invalidité avec effet immédiat nuirait considérablement au pouvoir démocratique qu'a le législateur de mettre en place des politiques au moyen de lois. Lorsqu'une telle mesure est justifiée, la période de suspension devrait être suffisamment longue pour donner au législateur le temps dont il a démontré qu'il avait besoin pour s'acquitter avec diligence et efficacité de l'obligation qui lui incombe, tout en reconnaissant que chaque jour additionnel pendant lequel les droits sont violés constitue un contrepoids important à l'octroi de temps supplémentaire au législateur.

(5) Réparations individuelles — exemptions des suspensions

[140] La suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité soulève fréquemment la question de savoir si le demandeur devrait obtenir une réparation ou une exemption individuelle de cette suspension. Le procureur général affirme que des exemptions individuelles d'une suspension ne devraient être accordées que dans des cas extrêmes où le demandeur ne pourra pas bénéficier des avantages de la déclaration faute d'exemption. Il soutient que les exemptions individuelles créent de l'incertitude et sapent la primauté du droit en appliquant les lois à tout le monde, sauf aux demandeurs qui les ont contestées. Selon lui, l'octroi d'exemptions individuelles usurpe le rôle du législateur en imposant un pouvoir discrétionnaire lorsque la loi l'interdit.

[141] The Attorney General also relies on a “rule” endorsed in *Demers* that s. 24(1) remedies cannot be combined with s. 52(1) remedies, precluding courts from granting a s. 24(1) individual remedy during the suspension period (para. 62). However, in *Demers*, at para. 61, Iacobucci and Bastarache JJ. drew that conclusion from a passage in *Schachter* cautioning that “where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available” (p. 720 (emphasis added)) because such a remedy would undermine the suspension. When it came to giving an individual remedy during a period of suspension, Lamer C.J. reasoned that it would be “tantamount” to giving the declaration retroactive effect.

[142] To the extent that *Demers* reads *Schachter* as setting out a hard-and-fast rule against combining s. 24(1) and s. 52(1) remedies, it misreads that case. As I will explain, s. 24(1) is too flexible to be restricted in this way. As other jurisprudence of this Court suggests, individual exemptions from suspensions will often be an “appropriate and just” remedy when an individual claimant has braved the storm of constitutional litigation and obtained a declaration whose benefit “enures to society at large” (*Demers*, at para. 99, per LeBel J.). On the other hand, where an exemption would undermine the rationale for the suspension, this will be a strong countervailing factor against granting an exemption.

[143] Section 24(1) of the *Charter* provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[141] Le procureur général s’appuie également sur une « règle » qui a été approuvée dans l’arrêt *Demers* selon laquelle des réparations fondées sur le par. 24(1) ne peuvent pas être combinées à des réparations fondées sur le par. 52(1), ce qui empêche les tribunaux d’octroyer une réparation individuelle en vertu du par. 24(1) pendant la période de suspension (par. 62). Cependant, au par. 61 de *Demers*, les juges Iacobucci et Bastarache ont tiré cette conclusion d’un passage de l’arrêt *Schachter* où la Cour précisait que « si l’effet de la déclaration d’invalidité est temporairement suspendu, il n’y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l’art. 24 » (p. 720 (je souligne)) parce qu’une telle réparation saperait l’effet de la suspension. En ce qui concerne l’octroi d’une réparation individuelle pendant une période de suspension, le juge en chef Lamer a expliqué que cette mesure « équivaldrait » à donner un effet rétroactif à la déclaration d’invalidité.

[142] Dans la mesure où, dans l’arrêt *Demers*, la Cour affirme que l’arrêt *Schachter* énonce une règle rigide qui interdit de combiner des réparations fondées sur le par. 24(1) et des réparations fondées sur le par. 52(1), elle interprète erronément ce jugement. Comme je vais l’expliquer, le par. 24(1) a une application trop souple pour être restreint de cette manière. Comme le laissent entendre d’autres arrêts de notre Cour, l’exemption individuelle d’une suspension constituera souvent une réparation « convenable et juste » dans les cas où un demandeur a bravé la tempête d’un litige constitutionnel et a obtenu un jugement déclaratoire dont « toute la société [. . .] profite » (*Demers*, par. 99, le juge LeBel). Par contre, si une exemption mine la raison d’être d’une suspension, ce facteur important ira à l’encontre de l’octroi d’une exemption.

[143] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* est ainsi libellé :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[144] This Court has said that to be “appropriate and just”, a s. 24(1) remedy should meaningfully vindicate the right of the claimant, conform to the separation of powers, invoke the powers and function of a court, be fair to the party against whom the remedy is ordered, and allow s. 24(1) to evolve to meet the challenges of each case (*Doucet-Boudreau*, at paras. 55-59). In particular, an effective remedy that meaningfully vindicates the rights and freedoms of the claimant will take into account the nature of the rights violation and the situation of the claimant, will be relevant to the claimant’s experience and address the circumstances of the rights violation, and will not be “smothered” in procedural delays and difficulties (para. 55). The court’s approach to s. 24(1) remedies must stay flexible and responsive to the needs of a given case (para. 59).

[145] This Court’s jurisprudence makes clear that granting individual remedies while the effects of declarations of invalidity are suspended can be appropriate and just. The Court granted a worker disability benefits for chronic pain during the suspension of a declaration that provisions were invalid for *excluding* chronic pain from the workers’ compensation system (*Martin*, at paras. 121-22). The Court has acquitted individuals of criminal or quasi-criminal charges stemming from unconstitutional laws despite suspending the effects of the declarations of invalidity (*Guignard*, at para. 32; *Bain*, at pp. 105 and 165; see also *Corbiere*, at paras. 22-23).

[146] A rule that individual claimants cannot be exempted from suspensions of declarations of invalidity would improperly fetter the broad discretion afforded under s. 24(1) of the *Charter* for courts to grant remedies they “conside[r] appropriate and just in the circumstances.” Remedial discretion is a fundamental feature of the *Charter*. A bar on exempting individual claimants would often be unfair to the claimant, especially given that it is a court’s decision to grant a suspension that makes the individual

[144] Notre Cour a déclaré que pour être « convenable et juste », une réparation fondée sur le par. 24(1) devrait permettre de défendre utilement les droits du demandeur, respecter la séparation des pouvoirs, mettre à contribution le rôle et les pouvoirs d’un tribunal, être équitable pour la partie visée par la réparation et permettre au par. 24(1) d’évoluer de manière à relever les défis de chaque cas (*Doucet-Boudreau*, par. 55-59). Plus particulièrement, une réparation efficace qui permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur tiendra compte de la nature des droits violés et de la situation du demandeur, sera adaptée à l’expérience vécue par le demandeur et tiendra compte des circonstances de la violation des droits en cause, et ne sera pas « étouffé[e] » dans les délais et les difficultés de procédure (par. 55). De plus, la manière dont la Cour aborde les réparations accordées sur le fondement du par. 24(1) doit rester souple et prendre en considération les besoins en cause (par. 59).

[145] Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour qu’il peut être convenable et juste d’accorder des réparations individuelles pendant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Par exemple, notre Cour a accordé des prestations d’invalidité à une travailleuse souffrant de douleur chronique pendant la suspension de l’effet d’une déclaration qui invalidait des dispositions *excluant* la douleur chronique du champ d’application du régime d’indemnisation des accidentés du travail (*Martin*, par. 121-122). La Cour a également acquitté des individus d’accusations criminelles ou quasi criminelles qui découlaient de lois inconstitutionnelles en dépit de la suspension des effets des déclarations d’invalidité (*Guignard*, par. 32; *Bain*, p. 105 et 165; voir aussi *Corbiere*, par. 22-23).

[146] Une règle selon laquelle les demandeurs individuels ne peuvent pas être exemptés de la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité entraverait indûment l’exercice du large pouvoir discrétionnaire qui est conféré aux tribunaux par le par. 24(1) de la *Charte*, qui leur permet d’accorder les réparations qu’ils « estime[nt] convenable[s] et juste[s] eu égard aux circonstances ». Le pouvoir discrétionnaire de réparation est un élément fondamental de la *Charte*. Interdire aux demandeurs

remedy necessary. While the reason the suspension was granted is no doubt an important consideration in granting a s. 24(1) remedy — and, as I explain below, should be taken into account when the court is considering granting an exemption — Brendan Brammall has aptly described a strict rule as prioritizing fairness to government “over all countervailing reasons, such as providing an effective remedy” (“A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers*” (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113, at p. 117).

individuels d’être exemptés d’une suspension sera souvent injuste pour ces derniers, surtout compte tenu du fait que la nécessité de la réparation individuelle découle de la décision du tribunal de suspendre l’effet de la déclaration en cause. Il ne fait certes aucun doute que la raison pour laquelle l’effet d’une déclaration a été suspendu est un facteur important qui doit être pris en compte lors de l’octroi d’une réparation fondée sur le par. 24(1) — et, comme je l’explique plus loin, ce facteur devrait également être pris en considération lorsque le tribunal envisage d’accorder une exemption. Cependant, Brendan Brammall a décrit avec justesse une règle stricte selon laquelle la priorité doit être accordée à l’équité à laquelle le gouvernement a droit [TRADUCTION] « plutôt qu’à tous les motifs faisant contre-poids, comme l’octroi d’une réparation efficace » (« A Comment on *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* and *R. v. Demers* » (2006), 64 *U.T. Fac. L. Rev.* 113, p. 117).

[147] In my view, when the effect of a declaration is suspended, an individual remedy for the claimant will often be appropriate and just. The importance of safeguarding constitutional rights weighs heavily in favour of an individual remedy. The concern for vindicating individual rights with effective remedies reaches back to Blackstone and Dicey, and continues to have force in the present day (see K. Roach, “Dialogic remedies” (2019), 17 *I CON* 860, at pp. 862-65).

[147] À mon avis, lorsque l’effet d’une déclaration est suspendu, il sera souvent convenable et juste d’accorder une réparation individuelle au demandeur. En effet, l’importance de protéger les droits constitutionnels milite fortement en faveur de l’octroi d’une réparation individuelle. Le souci de défendre des droits individuels par l’octroi de réparations efficaces remonte à Blackstone et Dicey, et il reste d’actualité (voir K. Roach, « Dialogic remedies » (2019), 17 *I CON* 860, p. 862-865).

[148] Exempting only the claimant from a suspension may appear unfair at first glance (see, in the context of prospective remedies, Choudhry and Roach, at p. 223, fn. 65, citing *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995)). But the claimant is not in the same position as others subject to the impugned law in a key respect: the claimant who brings a successful constitutional challenge has done the public interest a service by ensuring that an unconstitutional law is taken off the books — the claimant has pursued the “right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament” (*Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 163). While, as the Attorney General submits, it is in the public interest

[148] Exempter seulement le demandeur de l’application d’une suspension peut sembler injuste à première vue (voir, dans le contexte des réparations prospectives, Choudhry et Roach, p. 223, note 65, citant *Harper c. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993); *Reynoldsville Casket Co. c. Hyde*, 514 U.S. 749 (1995)). Or, le demandeur ne se trouve pas dans la même situation que les autres personnes assujetties à la loi contestée sous un rapport clé : le demandeur qui a gain de cause dans sa contestation constitutionnelle a servi l’intérêt du public en faisant en sorte qu’une loi inconstitutionnelle soit invalidée. En effet, le demandeur a exercé le « droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement » (*Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, p. 163). Comme l’a

for laws to apply to everyone uniformly, immediate remedies for claimants are also in the public interest. The practical realities of bringing a constitutional challenge may reduce the incentive for rights claimants to bring cases that carry substantial societal benefits (Leckey, at pp. 594-95; Brammall, at p. 119, fn. 44, quoting *Demers*, at para. 99, per LeBel J.; see also Department of Justice, Research and Statistics Division, “*The Costs of Charter Litigation*” (2016)). Individual exemptions can temper any further disincentive caused by suspensions (Leckey, at p. 607). As a result, courts should focus not only on the case or legislation before them, but also encourage *Charter* compliance in the long term through their s. 24(1) remedies (*Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, at paras. 29 and 38).

[149] Like the decision of whether to suspend a declaration of invalidity despite the continued rights violation, there must be a compelling reason to deny the claimant an immediately effective remedy. Two examples seem apparent.

[150] First, a court must consider whether and to what degree granting an exemption in the claimant’s particular circumstances would undermine the interest motivating the suspension in the first place. Thus, the ability of the legislature to fashion policy responses to the declaration and the public interest in the interim operation of the legislation will be important considerations in determining whether an exemption can be granted. For example, when the effect of a declaration is suspended to protect public safety, an individual exemption would not be appropriate and just if it would endanger public safety. Evidence of the individual claimant’s situation, which the court will likely have, will inform whether this is the case.

fait valoir le procureur général, il est dans l’intérêt du public que les lois s’appliquent à tous de façon uniforme, mais il est également dans l’intérêt du public que des réparations immédiates soient accordées aux demandeurs. Les réalités pratiques de la contestation de la constitutionnalité d’une loi peuvent cependant dissuader les demandeurs d’intenter une action qui comporte des avantages substantiels pour la société (Leckey, p. 594-595; Brammall, p. 119, note 44, citant *Demers*, par. 99, le juge LeBel; voir aussi ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Les coûts des litiges fondés sur la Charte* (2016)). Les exemptions individuelles peuvent également atténuer tous les autres facteurs de dissuasion attribuables à la suspension de l’effet de déclarations (Leckey, p. 607). Par conséquent, les tribunaux ne devraient pas seulement s’attarder à l’affaire ou à la loi dont ils sont saisis, mais ils devraient aussi favoriser la conformité à la *Charte* à long terme par le truchement des réparations qu’ils accordent en vertu du par. 24(1) (*Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, par. 29 et 38).

[149] Tout comme pour la décision de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité malgré la violation continue des droits, il doit y avoir une raison impérieuse de refuser au demandeur une réparation avec effet immédiat. Deux exemples sautent aux yeux.

[150] Premièrement, le tribunal doit se demander si l’octroi d’une exemption dans la situation particulière du demandeur mine l’intérêt de suspendre l’effet de la déclaration et, le cas échéant, dans quelle mesure. Par conséquent, la capacité du législateur à adapter ses réponses politiques à la déclaration et l’intérêt qu’a le public à ce que la loi soit appliquée de façon temporaire seront des éléments importants à prendre en compte pour déterminer si une exemption peut être accordée. Par exemple, lorsque l’effet d’une déclaration est suspendu afin de protéger la sécurité du public, il ne serait pas convenable et juste d’accorder une exemption individuelle si celle-ci mettrait en danger la sécurité du public. Une preuve de la situation du demandeur concerné, dont disposera vraisemblablement le tribunal, lui permettra de décider si tel est le cas.

[151] Second, courts may also have a compelling reason to refrain from granting an individual exemption where practical considerations like judicial economy make it inappropriate to do so. For instance, if a large group or class of claimants comes forward, it may not be practical — or even possible — to conduct the individual assessments necessary to grant them all individual exemptions.

[152] Ultimately, the public is well served by encouraging litigation that furthers the public interest by uncovering unconstitutional laws. Claimants, unlike others similarly situated, invest time and resources to pursue matters in the public interest — and those investments can pay dividends for others directly affected, especially those without the means to challenge the law themselves. Thus, if an exemption is otherwise appropriate and just, they should be exempted from suspensions in the absence of a compelling reason not to. Exemptions from suspensions will often be necessary to balance the interests of the litigant, the broader public, and the legislature.

(6) General Remedial Principles for Legislation That Violates the *Charter*

[153] As I have explained, running through this Court's remedial practice — from determining the form and breadth of remedies involving legislation, to suspending the effect of those remedies, to exempting litigants from suspensions — are recurring touchstones. These guide the principled discretion that this Court exercises when granting remedies for legislation that violates the *Charter*.

[154] Safeguarding rights lies at the core of that remedial approach. Section 52(1) calls for courts to invalidate any legislation to the extent it violates the

[151] Deuxièmement, le tribunal peut aussi avoir une raison impérieuse de ne pas accorder d'exemption individuelle s'il est inopportun de le faire en raison de considérations pratiques comme l'économie des ressources judiciaires. Par exemple, si une catégorie ou un groupe important de demandeurs se pourvoit en justice, il ne sera peut-être pas pratique — ni même possible — de procéder aux évaluations individuelles nécessaires pour accorder des exemptions à chacun d'eux.

[152] En fin de compte, on sert bien le public en encourageant le recours aux tribunaux qui favorise l'intérêt public en mettant au jour l'inconstitutionnalité d'une loi. Les demandeurs consacrent du temps et des ressources pour intenter des actions dans l'intérêt public, contrairement aux autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable — et le temps et les ressources qu'ils consacrent ainsi peuvent être profitables à d'autres personnes directement touchées, surtout celles qui n'ont pas les moyens de la contester elles-mêmes. Par conséquent, si, à tous autres égards, une exemption constitue une réparation convenable et juste, les demandeurs devraient être exemptés des suspensions s'il n'existe aucun motif impérieux de ne pas leur accorder une telle réparation. Il sera d'ailleurs souvent nécessaire d'exempter un demandeur d'une suspension pour mettre en balance les intérêts de ce dernier, du public en général et du législateur.

(6) Principes généraux en matière de réparation dans les cas où une loi viole la *Charte*

[153] Comme je l'ai expliqué, la détermination du type et de la portée des réparations qu'il convient d'accorder conformément à la loi, la suspension de l'effet de ces réparations et l'exemption des plaideurs de ces suspensions sont souvent les pierres de touche de la pratique de notre Cour en matière de réparation, lesquelles guident le pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes qu'elle exerce au moment d'accorder des réparations dans les cas où une loi viole la *Charte*.

[154] La protection des droits se trouve au cœur de cette approche en matière de réparation. Le paragraphe 52(1) exige des tribunaux qu'ils déclarent

Charter. The *Charter* “constrain[s] government action in conformity with certain individual rights and freedoms, the preservation of which [is] essential to the continuation of a democratic, functioning society in which the basic dignity of all is recognized” (*Richardson*, at para. 57). The fundamental principle that courts should provide meaningful remedies for the violation of constitutional rights (*Doucet-Boudreau*, at para. 25) shapes the form and breadth of the declaration, acts as a strong counterweight against suspending the effect of such a declaration, and weighs in favour of granting an individual remedy in tandem with a suspension.

invalide toute disposition législative qui viole la *Charte*. L’objet de la *Charte* est de « veiller à ce que toute action gouvernementale soit conforme à certains droits et libertés individuels dont la protection est essentielle au maintien d’une société démocratique et fonctionnelle dans laquelle la dignité fondamentale de tous les individus est reconnue » (*Richardson*, par. 57). Le principe fondamental selon lequel les tribunaux devraient accorder des réparations lorsque des droits constitutionnels sont violés (*Doucet-Boudreau*, par. 25) oriente la détermination du type et de la portée de la déclaration, constitue un contrepoids important à la suspension de l’effet de cette déclaration, et milite en faveur de l’octroi d’une réparation individuelle en même temps qu’une suspension.

[155] It is a defining feature of our society, reflected in s. 52(1) and required by the rule of law, that state laws and state action must comply with the Constitution (*SWUAV*, at para. 31; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at p. 250; *Secession Reference*, at para. 72). That the public has an interest in the constitutional compliance of the laws that govern it can be seen throughout this Court’s remedial decisions. Courts ensure that a remedy covers the full scope of *Charter* violations; while this plays an important rights-protecting function, it also serves the public interest, ensuring that the government acts in accordance with the law — “[c]ompliance with *Charter* standards is a foundational principle of good governance” (*Ward*, at para. 38). The importance of constitutional compliance weighs against suspension of the declaration, and in favour of an individual exemption from any suspension.

[155] L’une des caractéristiques déterminantes de notre société, qui trouve son expression au par. 52(1) et que requiert la primauté du droit, est le principe suivant lequel les lois et mesures étatiques doivent être conformes à la Constitution (*SWUAV*, par. 31; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, p. 250; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 72). Il ressort d’ailleurs des décisions de notre Cour en matière de réparation qu’il est dans l’intérêt du public que les lois qui le régissent soient conformes à la Constitution. Les tribunaux s’assurent qu’une réparation s’applique à la pleine portée des violations de la *Charte*; si cela joue un rôle important dans la protection des droits, cela sert également l’intérêt du public en veillant à ce que les actes de l’État soient conformes à la loi, puisque « [l]e respect des normes établies dans la *Charte* constitue un principe fondamental de bon gouvernement » (*Ward*, par. 38). L’importance de la conformité à la Constitution milite contre la suspension de l’effet d’une déclaration et en faveur d’une exemption individuelle de toute suspension.

[156] Another aspect of the rule of law, reflected in s. 52(1)’s caution that laws are of no force or effect only “to the extent of the inconsistency” with the Constitution, is the entitlement to a positive order of laws that organizes society and protects it from harm. The public has an interest in preserving legislation duly enacted by its democratically elected

[156] Un autre aspect de la primauté du droit exprimé au par. 52(1), qui dispose que la Constitution rend inopérantes les « dispositions incompatibles de toute autre règle de droit », est qu’il doit y avoir un ordre de droit positif qui régit la société et la protège. Il est dans l’intérêt du public de conserver des lois qui ont été dûment adoptées par les législatures

legislatures, to the extent it is not unconstitutional. This is why courts will tailor remedies to retain constitutional aspects of an unconstitutional law where possible and will temporarily suspend the effect of a declaration when an immediate order would undermine the public interest by depriving the public of laws passed for its benefit. In contrast, concerns about legal instability may weigh against suspension.

[157] Finally, running through this Court's remedial practice for unconstitutional legislation is respect for the role of the legislature coupled with an understanding of the duties of the judicial role. When determining the form and breadth of remedies, courts will preserve as much of the law as possible to respect the legislature's policy choices, following its discernible intention when doing so. But courts will not shrink from performing their duty to protect rights through s. 52(1) remedies, determining the full extent of inconsistencies with the Constitution and declaring legislation to be of no force or effect when necessary. Suspensions can be granted when the legislature's democratic role as policymaker would be so seriously undermined by an immediately effective declaration that it outweighs important countervailing principles. In such circumstances, if an exemption would undermine that role, it will weigh against an individual remedy.

[158] As I have explained, these constitutional considerations, drawn from our constitutional text and the broader architecture of our constitutional order and the rule of law, have repeatedly arisen in this Court's decisions on s. 52(1) remedies for *Charter* violations and give rise to four foundational principles:

A. *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies.

démocratiquement élues du pays, pourvu que ces lois ne soient pas inconstitutionnelles. C'est pourquoi les tribunaux adaptent les réparations pour préserver, dans la mesure du possible, les aspects constitutionnels d'une loi inconstitutionnelle et pourquoi ils suspendent temporairement l'effet d'une déclaration lorsqu'une ordonnance avec effet immédiat risque de miner l'intérêt du public en le privant de lois qui ont été adoptées pour son bénéfice. Cependant, des préoccupations liées à l'instabilité juridique peuvent militer contre la suspension.

[157] Enfin, le respect du rôle du législateur conjugué à la compréhension des fonctions des tribunaux est le fil conducteur de la pratique de notre Cour en ce qui concerne les réparations qu'il convient d'accorder en présence de lois inconstitutionnelles. Lorsque les tribunaux déterminent le type et la portée des réparations, ils conservent le plus de dispositions possible de la loi en cause afin de respecter les choix de politique du législateur, respectant ainsi son intention évidente. Toutefois, les tribunaux ne se dérobent pas à leur obligation de protéger les droits au moyen de réparations fondées sur le par. 52(1), et ils n'hésitent pas à déterminer l'étendue complète des incompatibilités avec la Constitution et à déclarer inopérantes des dispositions législatives lorsque cela est nécessaire. Les tribunaux peuvent également suspendre l'effet d'une déclaration lorsque le rôle démocratique du législateur en matière d'élaboration de politiques serait ébranlé à un point tel par une déclaration avec effet immédiat que cela l'emporte sur d'importants principes qui font contrepoids. Dans un tel cas, si une exemption mine ce rôle, cela militera contre l'octroi d'une réparation individuelle.

[158] Comme je l'ai expliqué, ces considérations constitutionnelles, qui se dégagent de notre Constitution ainsi que de l'architecture générale de notre ordre constitutionnel et de la primauté du droit, ont maintes fois été soulevées dans la jurisprudence de notre Cour au sujet des réparations accordées en vertu du par. 52(1) pour des violations de la *Charte* et ont donné naissance à quatre principes fondamentaux :

A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l'octroi de réparations efficaces.

- B. The public has an interest in the constitutional compliance of legislation.
- C. The public is entitled to the benefit of legislation.
- D. Courts and legislatures play different institutional roles.

[159] In my view, these remedial principles provide the groundwork for meaningful remedies in different contexts. They provide guidance to courts and encourage them to transparently explain remedial results. They will not always lead to agreement on the correct outcome; their value is in transparency, helping those who disagree articulate their specific points of disagreement.

(7) Application to This Case

- (a) *What Form and Breadth Should the Remedy Take?*

[160] The first step in determining the breadth and form of a s. 52(1) remedy is determining the extent of the law's inconsistency with the *Charter*, which is defined by the nature of the substantive rights violation.

[161] Here, *Christopher's Law* limits s. 15(1) of the *Charter* by requiring those found NCRMD to comply with the sex offender registry upon discharge without providing them with any opportunities for exemption and removal based on individualized assessment. It draws distinctions based on the enumerated ground of mental disability by extending opportunities for exemption and removal to those found guilty of a sexual offence but denying them to those found NCRMD. Those distinctions are discriminatory because they perpetuate the historical and enduring disadvantage experienced by persons with mental illnesses.

- B. Il est dans l'intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution.
- C. Le public a droit au bénéfice de la loi.
- D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents.

[159] À mon avis, ces principes en matière de réparation jettent les bases de l'octroi de réparations utiles dans différents contextes. Ils guident les tribunaux et les encouragent à expliquer de façon transparente leurs décisions au chapitre des réparations. Ces principes ne débouchent pas toujours sur une entente quant à l'issue appropriée, mais leur valeur réside dans la transparence, ce qui aide les personnes en désaccord à exprimer clairement leurs points de vue.

(7) Application en l'espèce

- a) *Quels devraient être le type et la portée de la réparation?*

[160] La première étape à suivre pour déterminer le type et la portée d'une réparation fondée sur le par. 52(1) consiste à établir dans quelle mesure la loi est incompatible avec la *Charte*, ce qui dépend de la nature de la violation de fond des droits.

[161] En l'espèce, la *Loi Christopher* restreint l'application du par. 15(1) de la *Charte* en exigeant que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux s'acquittent de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels après avoir obtenu une libération, sans leur donner la possibilité d'être dispensées de cette obligation et d'être retirées du registre à la suite d'une évaluation individuelle. Cette loi crée des distinctions fondées sur le motif énuméré de la déficience mentale en offrant aux personnes déclarées coupables d'une infraction sexuelle la possibilité d'être dispensées de l'obligation de s'inscrire au registre et d'être retirées de celui-ci, alors qu'une telle possibilité n'est pas offerte aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Ces distinctions sont discriminatoires parce qu'elles perpétuent le désavantage historique que continuent de subir les personnes souffrant de troubles mentaux.

[162] The s. 15(1) infringement was found not to be minimally impairing of the right because making any form of individualized assessment that could lead to exemption and removal available to those found NCRMD would be less impairing of the right.

[163] Turning to the second step, a court must determine whether a tailored remedy would be appropriate, rather than a declaration of invalidity applying to the whole of the challenged law.

[164] Given the limited and precisely defined nature of the violation in the context of the overall scheme of the sex offender registry, some form of tailored remedy was clearly appropriate to respond to the unconstitutionality. The legislature would no doubt have enacted *Christopher's Law* to apply to those convicted of a sexual offence even if it could not include those found NCRMD and granted a discharge.

[165] In this case, reading in an individualized assessment requirement would intrude on the legislative sphere — there are many ways to provide for such an assessment and “it is the legislature’s role to fill in the gaps, not the court’s” (*Schachter*, at p. 705).

[166] On the other hand, a declaration reading down *Christopher's Law* such that it is of no force or effect to the extent it applies to everyone unconstitutionally affected effectively vindicates rights without interfering with aspects of the statute’s operation unaffected by the finding of unconstitutionality. Granting a tailored remedy here will better protect the public’s interest in legislation enacted for its benefit and will better respect the role of the legislature, while also safeguarding *Charter* rights and realizing the public’s interest in constitutionally compliant legislation.

[162] Il a été conclu que la violation du par. 15(1) ne portait pas atteinte de façon minimale au droit que confère cette disposition parce que le fait d’offrir aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité de se soumettre à une évaluation individuelle au terme de laquelle elles pourraient être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre et être retirées de celui-ci porterait moins atteinte à ce droit.

[163] À la deuxième étape, le tribunal doit décider s’il convient d’accorder une réparation adaptée au lieu de déclarer invalide l’ensemble de la loi contestée.

[164] Compte tenu de la nature limitée et précise de la violation dans le contexte du régime général d’enregistrement des délinquants sexuels, il convenait manifestement d’accorder une réparation adaptée en réaction à l’inconstitutionnalité de la *Loi*. Il ne fait d’ailleurs aucun doute que la législature aurait appliqué la *Loi Christopher* aux personnes déclarées coupables d’une infraction sexuelle même si elle ne pouvait pas inclure dans cette loi les personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et qui ont obtenu une libération.

[165] Dans la présente affaire, une interprétation large de la *Loi Christopher* selon laquelle cette loi exige qu’une évaluation individuelle soit réalisée empiéterait sur le domaine législatif. En effet, il y a maintes façons de procéder à une telle évaluation et « [i]l appartient [. . .] aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes » (*Schachter*, p. 705).

[166] Par contre, une interprétation atténuée de la *Loi Christopher* selon laquelle cette loi est inopérante dans la mesure où elle s’applique à toutes les personnes touchées par ses effets inconstitutionnels permettrait de défendre efficacement les droits sans empiéter sur les aspects de l’application de cette loi qui ne sont pas visés par le constat d’inconstitutionnalité. En l’espèce, l’octroi d’une réparation adaptée permettra de mieux protéger l’intérêt qu’a le public dans des lois adoptées pour son bénéfice et de mieux respecter le rôle du législateur tout en protégeant aussi les droits garantis par la *Charte* et en défendant l’intérêt du public à ce que les lois soient conformes à la Constitution.

[167] There is one final issue respecting the proper scope of the declaration in this case. Although G's argument that *Christopher's Law* violates s. 15(1) of the *Charter*, which has been accepted by this Court and by the Court of Appeal, applies to all those found NCRMD of sexual offences who have been discharged, G framed his constitutional challenge to cover only those who have been *absolutely* discharged. The order of the Court of Appeal and the constitutional questions the parties stated before this Court were also limited. Should the s. 52(1) declaration be limited in this way?

[168] In my view, the formal limits on the scope of G's application do not reflect the substance of the constitutional issue before the Court, as argued by the parties. G's arguments on s. 15(1) apply to all those found NCRMD of a sexual offence who do not have access to exemption and removal mechanisms based on individualized assessment: that is, all those found NCRMD who have been discharged. The Attorney General's central s. 1 argument attempting to justify the s. 15(1) violation — that this Court should defer to the legislature's determination that all those found NCRMD in respect of a sexual offence should be registered because they are more likely to reoffend than a member of the general public is to commit a first-time offence and there is no way to predict with certainty whether they will reoffend — also applies to all those found NCRMD. Of course, those conditionally discharged have the opportunity to obtain an absolute discharge following each annual disposition review hearing before the review board.

[167] Il reste à examiner une dernière question concernant la portée qu'il convient de donner à la déclaration dans la présente affaire. Certes, G a fait valoir que la *Loi Christopher* viole le par. 15(1) de la *Charte* qui, tel qu'en conviennent notre Cour et la Cour d'appel, s'applique à toutes les personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles et qui ont obtenu une libération. Cependant, la contestation constitutionnelle de G ne visait que les personnes qui ont obtenu une libération *inconditionnelle*. L'ordonnance de la Cour d'appel et les questions constitutionnelles qui ont été soulevées par les parties devant notre Cour avaient également une portée limitée. La déclaration prononcée en vertu du par. 52(1) doit-elle être limitée ainsi?

[168] À mon avis, les limites formelles dont est assortie la requête de G ne reflètent pas l'essence de la question constitutionnelle dont est saisie la Cour, comme le soutiennent les parties. Les arguments de G concernant le par. 15(1) visent toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui n'ont pas accès à des mécanismes de dispense et de retrait à la suite d'une évaluation individuelle, soit toutes les personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et qui ont obtenu une libération. De plus, toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux sont également visées par le principal argument fondé sur l'article premier qui a été invoqué par le procureur général pour tenter de justifier la violation du par. 15(1) — à savoir que notre Cour devrait s'en remettre à la conclusion du législateur suivant laquelle toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle devraient être inscrites au registre parce qu'elles sont plus susceptibles de récidiver qu'un membre du grand public l'est de commettre une première infraction, et qu'il est impossible de prédire avec certitude leur risque de récidive. Bien entendu, les personnes libérées sous conditions ont la possibilité d'obtenir une libération inconditionnelle à l'issue de chaque audience de révision annuelle devant la commission d'examen.

[169] However, had G’s application been framed to include all those found NCRMD of a sexual offence and discharged, the Attorney General may have brought other evidence to support his s. 1 arguments, and addressed the differential risks — in particular the risk of reoffending posed by those found NCRMD of a sexual offence and *conditionally* discharged.

[170] Because I cannot conclude that the Attorney General had the “fullest opportunity to support the validity” of *Christopher’s Law* in relation to those conditionally discharged, like the Court of Appeal, I would limit the declaration to those who have been found NCRMD of a sexual offence and absolutely discharged (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at paras. 19 and 22).

(b) *Was the Effect of the Declaration Properly Suspended?*

[171] As noted above, the terms of s. 52(1) and the need to safeguard *Charter* rights and ensure constitutional compliance of all legislation weigh heavily in favour of an immediately effective declaration. However, those must be balanced against protecting the public’s interest in legislation passed for its benefit. To do so, the Court must consider the nature and extent of both the continued rights violations and the danger to an identified public interest that could flow from an immediate declaration of invalidity.

[172] The Attorney General has identified public safety as the public interest that justifies a suspension. The importance of this interest, and its appropriate weight in the analysis, is informed by the danger posed by those found NCRMD of sexual

[169] Toutefois, si la requête de G avait visé toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération, le procureur général aurait pu produire d’autres éléments de preuve pour étayer ses arguments fondés sur l’article premier et aurait également pu aborder la question des différents risques que présentent ces personnes — en particulier le risque de récidive que présentent les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération *sous conditions*.

[170] Comme je ne peux conclure que le procureur général a « vraiment [eu] l’occasion de soutenir la validité » de la *Loi Christopher* à l’endroit des personnes qui ont obtenu une libération sous conditions, je suis d’avis, à l’instar de la Cour d’appel, de limiter la déclaration aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l’égard d’une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 19 et 22).

b) *L’effet de la déclaration a-t-il été suspendu à juste titre?*

[171] Comme je l’ai déjà mentionné, le libellé du par. 52(1) ainsi que la nécessité de protéger les droits garantis par la *Charte* et de veiller à ce que toutes les lois soient conformes à la Constitution militent fortement en faveur d’une déclaration avec effet immédiat. Or, ces éléments doivent être mis en balance avec la protection de l’intérêt du public dans des lois adoptées pour son bénéfice. Pour ce faire, la Cour doit tenir compte de la nature et de la portée des violations continues des droits, de même que du fait qu’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat pourrait compromettre un intérêt public en particulier.

[172] Le procureur général soutient que la sécurité du public est l’intérêt public qui justifie une suspension. L’importance de cet intérêt, de même que le poids qu’il convient de lui accorder dans l’analyse, reposent sur le risque que présentent les personnes

offences and granted absolute discharges by a provincial review board.

[173] The *Criminal Code* requires provincial review boards to absolutely discharge any person found NCRMD who does not pose a significant risk of committing a serious criminal offence (*Winko*, at para. 57). If a person poses that type of risk, the review board may discharge them subject to conditions it considers appropriate (*Criminal Code*, s. 672.54(b)). The review board's "paramount consideration" in making any disposition is public safety.

[174] The application judge found those discharged after an NCRMD finding to be at a statistically higher risk of offending than the general population. Those who are absolutely discharged therefore may pose *some* elevated risk of committing criminal offences. Granting an immediate declaration would endanger the public interest in safety from sexual offences to some extent because some individuals who still pose a greater risk to offend would be relieved of their reporting obligations. Those individuals would also be able to apply to have their personal information removed from the database pursuant to s. 24(1) (see, e.g., *Boudreault*, at paras. 107-9).

[175] The application judge found that the registry contributed to public safety by enhancing the ability of police to prevent and investigate sexual offences. Immediately relieving a group of people who may pose some risk of committing sexual offences from the obligation to report or permitting them to seek removal of their information could detract from this enhanced ability. The threat to public safety is

qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'infractions sexuelles et qui ont obtenu une libération inconditionnelle d'une commission d'examen provinciale.

[173] Le *Code criminel* exige que les commissions d'examen provinciales accordent une libération inconditionnelle à toute personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux s'il n'y a pas de risque important que cette personne commette une infraction criminelle grave (*Winko*, par. 57). Cependant, si un tel risque existe, la commission d'examen peut rendre une décision portant libération de cette personne sous réserve des modalités que la commission juge indiquées (*Code criminel*, al. 672.54b)). Quelle que soit la décision rendue, la commission d'examen prend en considération la sécurité du public, qui est le « facteur prépondérant ».

[174] Le juge de première instance a conclu que, statistiquement parlant, les personnes qui ont obtenu une libération après avoir été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux risquent davantage de contrevenir à la loi que la population générale. Les personnes qui ont obtenu une libération inconditionnelle sont donc *quelque peu* plus susceptibles de commettre des infractions criminelles. Une déclaration avec effet immédiat menacerait donc, dans une certaine mesure, l'intérêt qu'a le public d'être protégé des infractions sexuelles, car certaines personnes qui présentent encore un risque élevé de contrevenir à la loi seraient dispensées de l'obligation de se présenter devant les autorités. Ces personnes pourraient également présenter une demande en vue de faire retirer leurs renseignements personnels de la base de données conformément au par. 24(1) (voir, p. ex., *Boudreault*, par. 107-109).

[175] Selon le juge de première instance, le registre contribue à la sécurité du public en accroissant la capacité des corps de police de prévenir les infractions sexuelles et d'enquêter sur celles-ci. Dispenser immédiatement un groupe de personnes qui risquent de commettre des infractions sexuelles de l'obligation de se présenter devant les autorités et permettre à ces personnes de solliciter le retrait des renseignements

therefore meaningful. However, given that persons found NCRMD who pose the highest demonstrable risk to reoffend are not given absolute discharges, this threat is limited.

[176] The other public interest at stake is respect for the legislature's ability to enact its preferred rights-respecting scheme. Granting an immediate declaration of invalidity could risk compromising the legislature's ability to fulfil its role as policy-maker because allowing everyone found NCRMD of a sexual offence and absolutely discharged to be removed from the sex offender registry could restrict the effectiveness of the new version of *Christopher's Law* eventually enacted by the Ontario legislature in response to these reasons. Identifying those individuals and requiring them to register and report again — or to undergo individualized assessment of some kind — would likely be impracticable because their information simply would not be retained in the interim.

[177] Balanced against these considerations is the significance of the rights violation that the suspension would temporarily prolong. *Christopher's Law* treats those found NCRMD and discharged in accordance with a persistent, demeaning stereotype. The law compels them to report in person to a police station, subjects them to the spectre of random police checks at their residence, and retains their personal information without providing an opportunity to determine whether they pose sufficient risk to justify that intrusion on their liberty and privacy. Importantly, granting a suspension also runs counter to the public's interest in constitutionally compliant legislation.

les concernant du registre pourraient diminuer cette capacité accrue. La menace qui pèse sur la sécurité du public est donc sérieuse. Toutefois, cette menace est limitée puisque des libérations inconditionnelles ne sont pas accordées aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui présentent manifestement le risque le plus élevé de récidive.

[176] L'autre intérêt public en jeu est le respect de la capacité du législateur d'adopter le régime respectueux des droits qu'il préfère. Une déclaration d'invalidité avec effet immédiat risque de compromettre la capacité du législateur de s'acquitter de son rôle de décideur politique, car le fait de permettre à toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux à l'égard d'une infraction sexuelle qui ont obtenu une libération inconditionnelle d'être retirées du registre des délinquants sexuels pourrait limiter l'efficacité de la nouvelle version de la *Loi Christopher* que le législateur ontarien adoptera un jour en réaction aux présents motifs. Qui plus est, il serait probablement impossible d'identifier ces personnes et de les obliger à s'inscrire au registre et à se présenter de nouveau devant les autorités — ou à se soumettre à une évaluation individuelle quelconque — parce que les renseignements à leur sujet ne seraient tout simplement pas conservés dans l'intervalle.

[177] Ces considérations sont contrebalancées par l'importance de la violation des droits qui persisterait temporairement si l'effet de la déclaration d'invalidité était suspendu. Les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une absolution continuent de faire l'objet de stéréotypes méprisants qui leur sont imposés par la *Loi Christopher*. Celle-ci les contraint à se présenter en personne à un poste de police, les oblige à se soumettre à des vérifications policières aléatoires à leur domicile, et prévoit la conservation de leurs renseignements personnels, et ce, sans qu'il soit donné aux autorités l'occasion de déterminer si elles posent un risque suffisant pour justifier cette atteinte à leur liberté et à leur vie privée. Il importe de souligner que la suspension de l'effet de la déclaration va aussi à l'encontre de l'intérêt du public à ce que les lois soient conformes à la Constitution.

[178] Here, there is an ongoing threat to public safety, although it is limited as the group of individuals whose information would no longer be tracked consists entirely of persons who the Review Board has deemed do not pose a significant threat to public safety. The legislature's ability to address that gap in public safety would, however, be appreciably restricted by an immediate declaration. This is a close call. But on balance, the combination of these two legitimate interests (public safety and preserving the legislature's latitude to respond to the finding of unconstitutionality) justifies temporarily depriving those affected of the immediate benefit of this judgment and allowing the violation to persist.

[179] The parties agree with the 12-month suspension ordered by the Court of Appeal. I see no basis to interfere with that determination. However, in future, courts will expect more detailed submissions on the length of time required.

(c) *Should G Have Been Exempted From the Suspension?*

[180] The final question is whether it was appropriate and just to exempt G from the suspension. The Attorney General submits that, because of a lack of "expert forensic risk assessment", it was not.

[181] Although judges may not have the expertise to conduct such forensic assessments themselves, they are well-suited to deciding and frequently charged with making determinations relating to public safety and risk in other contexts, including those that lead to exemption and removal from the sex offender registry. When judges decide whether to absolutely or conditionally discharge someone found guilty of an offence, they consider the best interests of the accused and the public interest (*Criminal Code*, s. 730). Further, a judge deciding whether to make a termination or exemption order in respect of

[178] En l'espèce, la sécurité du public continue d'être menacée, mais cette menace est limitée car le groupe d'individus dont les renseignements ne seraient plus compilés est formé entièrement de personnes qui, selon la Commission d'examen, ne présentent pas un risque important pour la sécurité du public. Toutefois, une déclaration avec effet immédiat restreindrait sensiblement la capacité du législateur de corriger cette lacune au chapitre de la sécurité du public. Il s'agit d'un cas difficile à trancher. Cependant, tout bien considéré, la combinaison de ces deux intérêts légitimes (la sécurité du public et la protection de la capacité du législateur de répondre au constat d'inconstitutionnalité) justifie que l'on prive temporairement les personnes touchées de l'avantage que procure immédiatement le présent jugement et que l'on laisse la violation perdurer.

[179] Les parties sont d'accord avec la suspension de 12 mois qui a été ordonnée par la Cour d'appel. Je ne vois aucune raison de modifier cette décision. Cependant, à l'avenir, les tribunaux s'attendent à ce que des observations plus détaillées soient formulées au sujet de la durée de la période pendant laquelle l'effet d'une déclaration doit être suspendu.

c) *G aurait-il dû être exempté de la suspension?*

[180] La dernière question à trancher consiste à savoir s'il était convenable et juste d'exempter G de la suspension. Le procureur général soutient que cette réparation n'était pas convenable et juste vu l'absence d'une [TRADUCTION] « évaluation judiciaire du risque effectuée par un expert ».

[181] Les juges ne possèdent peut-être pas l'expertise nécessaire pour effectuer eux-mêmes des évaluations judiciaires de ce genre, mais ils sont bien placés pour rendre des décisions et sont souvent appelés à tirer des conclusions sur la sécurité du public et le risque dans d'autres contextes, notamment dans des contextes qui donnent lieu à la dispense de l'obligation de s'inscrire au registre des délinquants sexuels et au retrait de ce registre. Lorsque les juges doivent décider s'il y a lieu d'accorder une absolution inconditionnelle ou sous conditions à une personne déclarée coupable d'une infraction, ils doivent

a person subject to the federal sex offender registry must determine whether the impact of compliance on the applicant “would be grossly disproportionate to the public interest in protecting society through the effective prevention or investigation of crimes of a sexual nature” (*Criminal Code*, ss. 490.016(1) and 490.023(2); Bill C-16, *Sex Offender Information Registration Act*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004, s. 20).¹⁰ These are not decisions that require expert forensic evidence. And the *adjudicative* task of assessing risk in a particular case, in order to grant a remedy that is appropriate and just in the claimant’s circumstances, is distinct from the *legislative* task of creating a regime designed to assess risk.

tenir compte de l’intérêt véritable de l’accusé et de l’intérêt public (*Code criminel*, art. 730). De plus, lorsqu’un juge est appelé à décider s’il convient de prononcer une révocation ou d’accorder une dispense à une personne qui est tenue de s’inscrire au registre fédéral des délinquants sexuels, il doit déterminer si le maintien de cette obligation aurait à l’égard du demandeur « un effet nettement démesuré par rapport à l’intérêt [qu’il] présente pour la protection de la société contre les crimes de nature sexuelle au moyen d’enquêtes ou de mesures de prévention efficaces » (*Code criminel*, par. 490.016(1) et 490.023(2); projet de loi C-16, *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, 37^e lég., 3^e sess., 2004, art. 20)¹⁰. Les décisions de ce genre n’exigent pas qu’un expert produise une preuve criminalistique. Qui plus est, il faut distinguer la fonction *juridictionnelle* que constitue l’évaluation d’un risque dans un cas donné afin d’accorder au demandeur une réparation convenable et juste, eu égard à sa situation, d’avec la tâche *législativ*e de créer un régime conçu pour évaluer ce risque.

[182] The Court of Appeal granted G an individual exemption from *Christopher’s Law*. Doherty J.A. concluded that an exemption did not undermine the suspension; it was difficult to envision a constitutionally compliant legislative scheme that would not exempt G from the registry. The exercise of the court’s discretion deserves deference. The ORB, an expert tribunal, determined that G was not at

[182] La Cour d’appel a accordé une exemption individuelle à G afin de le dispenser de l’application de la *Loi Christopher*. Le juge Doherty a conclu qu’une exemption ne minait pas l’effet de la suspension et qu’il était difficile d’imaginer un régime législatif conforme à la Constitution dans lequel G ne serait pas dispensé de l’obligation de s’inscrire au registre. L’exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour

¹⁰ Under the previous version of s. 490.012(4) of the *Criminal Code*, in effect until 2011, courts considered a number of relevant factors when deciding whether to refuse to make an initial order requiring compliance with *SOIRA*, such as the nature of the offence, the offender’s risk to reoffend, the offender’s criminal record, the impact on the offender’s privacy and liberty interests, stigmatizing effects registration may have, and other matters relating to the offender’s present and future personal circumstances (see *R. v. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, at paras. 65-70; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, at paras. 30-31). Though the discretion not to make a compliance order under s. 490.012(4) has been removed, the wording in that provision is very similar to that of ss. 490.016(1) and 490.023(2) (*Martin’s Annual Criminal Code*, by M. Henein, M. Rosenberg and E. L. Greenspan (2019), at pp. 1018-19). The only difference since 2011 is that the current provisions refer to effectively *preventing* crimes of a sexual nature in addition to effectively investigating them.

¹⁰ Sous le régime de la version du par. 490.012(4) du *Code criminel* qui était en vigueur jusqu’en 2011, les tribunaux ont tenu compte de plusieurs facteurs pertinents au moment de décider de rendre ou non une ordonnance initiale de conformité à la *LERDS*, tels que la nature de l’infraction, le risque de récidive du délinquant, le casier judiciaire du délinquant, l’effet sur les droits à la vie privée et à la liberté du délinquant, les effets stigmatisants que pourrait avoir l’enregistrement, ainsi que d’autres facteurs liés à la situation personnelle actuelle et future du délinquant (voir *R. c. Debidin*, 2008 ONCA 868, 94 O.R. (3d) 421, par. 65-70; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, par. 30-31). Bien que le pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre une ordonnance de conformité à la *Loi* qui était conféré aux tribunaux en vertu du par. 490.012(4) ait été supprimé, le libellé de cette disposition ressemble beaucoup à celui des par. 490.016(1) et 490.023(2) (*Martin’s Annual Criminal Code*, par M. Henein, M. Rosenberg et E. L. Greenspan (2019), p. 1018-1019). La seule différence depuis 2011, c’est que les dispositions actuelles traitent de la *prévention* efficace des crimes de nature sexuelle en plus d’enquêtes efficaces sur ceux-ci.

significant risk of committing a serious criminal offence 17 years ago. His record since his release has been spotless and there is no indication that he poses a risk to public safety. An exemption would ensure he receives an effective remedy — nearly six years have passed since he filed his notice of application and his case has been argued in three levels of court. He should not be denied the benefit of his success on the constitutional merits.

[183] The individual exemption to the suspension by definition lasts only as long as the suspension by itself. Whether G will be caught by new legislation, while highly unlikely, will depend on whether he comes within its terms. Courts cannot grant an exemption to legislation that has not yet been enacted, because they cannot predict the outcome of the legislative process.

VII. Conclusion

[184] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[185] ROWE J. — I agree with Justices Côté and Brown regarding s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (at paras. 221-24), and regarding the general approach to ordering an individual exemption under s. 24(1) from the suspended effect of a declaration of invalidity under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* (interspersed among paras. 273-93).

[186] On the proper approach to suspending a declaration of invalidity under s. 52(1), however, I would reaffirm *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. As the Court stated in that case, a declaration of invalidity should be suspended only in certain circumstances, where: (1) an immediate declaration of invalidity would pose a potential danger to the

commande une certaine retenue. La Commission, un tribunal spécialisé, a établi il y a 17 ans qu'il n'y avait pas de risque important que G commette une infraction criminelle grave. Depuis sa remise en liberté, il n'a rien à se reprocher et rien n'indique qu'il présente un risque pour la sécurité du public. Une exemption ferait en sorte qu'il bénéficie d'une réparation efficace — près de six années se sont écoulées depuis qu'il a déposé son avis de demande et sa cause a été plaidée devant trois instances. Il ne devrait pas être privé de l'avantage d'avoir eu gain de cause sur le fond de ses contestations constitutionnelles.

[183] Par définition, la durée de l'exemption individuelle de la suspension correspond à la durée de la suspension. La réponse à la question de savoir si G sera visé par une nouvelle loi, quoique très peu probable, dépendra de son assujettissement aux modalités de cette loi. Les tribunaux ne peuvent pas dispenser des individus de l'application d'une loi qui n'a pas encore été adoptée, car ils ne peuvent pas prédire l'issue du processus législatif.

VII. Conclusion

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

Version française des motifs rendus par

[185] LE JUGE ROWE — Je suis d'accord avec les juges Côté et Brown en ce qui concerne le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 221-224) et la démarche générale qu'ils proposent lorsqu'il s'agit d'accorder, en vertu du par. 24(1), une exemption individuelle de la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité prononcée au titre du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (renvois aux par. 273-293).

[186] Toutefois, en ce qui a trait à la méthode qu'il convient d'employer pour suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité en vertu du par. 52(1), je suis d'avis de confirmer une fois de plus l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Comme notre Cour l'a déclaré dans cet arrêt, l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait être suspendu que dans l'un ou

public; (2) it would otherwise threaten the rule of law; or (3) the law is underinclusive and the court cannot determine properly whether to cancel or extend its benefits, but rather should provide an opportunity for the legislature to decide that. I would not treat these categories as closed. Nor would I abandon them in favour of some loosely defined exercise of discretion. Rather, they should be extended only where an immediate declaration would infringe some constitutional principle.

[187] The Court should depart from a precedent such as *Schachter* only in “compelling circumstances” (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 18). For example, a precedent can be revisited if it is “unsound in principle”, “unworkable and unnecessarily complex to apply”, or if it has “attracted significant and valid judicial, academic, and other criticism” (*Vavilov*, at para. 20).

[188] In recent years, the Court has departed from the approach set out in *Schachter* without sufficient reflection. It has suspended declarations beyond *Schachter*’s categories and without regard to the reasoning underlying those categories. Some suspensions have been ordered without reference to *Schachter*. This gap between theory and practice — between precedent and its application — is noted by Justice Karakatsanis (at paras. 106 and 125) and by Justices Côté and Brown (paras. 233-35).

[189] Such a gap invites reflection. But, that does not mean the precedent should be abandoned, as my colleagues favour. Upon reflection, I would affirm the approach in *Schachter*, as I shall explain.

l’autre des cas suivants, à savoir : (1) la déclaration d’invalidité avec effet immédiat serait susceptible de présenter un danger pour le public; (2) la déclaration menacerait d’une autre manière la primauté du droit; (3) la loi a une portée trop limitative et le tribunal n’est pas en mesure de se prononcer en toute connaissance de cause sur l’opportunité de l’annuler ou d’accorder des avantages à un groupe non visé par la loi, et devrait plutôt laisser au législateur le soin de trancher la question. À mon avis, ces catégories ne sont pas étanches. Je ne les délaisserais pas non plus au profit de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire vague. Au contraire, il n’y a lieu de les élargir que si une déclaration d’invalidité avec effet immédiat enfreindrait un principe constitutionnel.

[187] La Cour ne devrait s’écarter de précédents comme l’arrêt *Schachter* que s’il existe des « circonstances convaincantes » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 18). Par exemple, la Cour peut revoir des précédents s’ils sont « non fondés en principe », s’ils sont « inapplicables et indûment complexes » ou s’ils se sont « attirés d’importantes critiques valables, notamment judiciaires et doctrinales » (*Vavilov*, par. 20).

[188] Ces dernières années, la Cour a, sans réflexion suffisante, rompu avec l’approche énoncée dans l’arrêt *Schachter*. Elle a suspendu l’effet de déclarations dans d’autres situations que celles prévues par les catégories de l’arrêt *Schachter*, et ce, sans tenir compte du raisonnement à la base de ces catégories. Dans certains cas, des suspensions ont été prononcées sans même renvoyer à l’arrêt *Schachter*. Ce fossé entre la théorie et la pratique — entre les précédents et leur application — est constaté tant par la juge Karakatsanis (par. 106 et 125) que par les juges Côté et Brown (par. 233-235).

[189] Pareil fossé donne matière à réflexion. Cela ne signifie pas pour autant qu’il faudrait abandonner le précédent en question, comme le préconisent mes collègues. Après y avoir réfléchi, je confirmerais l’approche suivie dans l’arrêt *Schachter*, pour les raisons que je vais expliquer.

I. Schachter Is Sound in Principle

[190] *Schachter* is grounded in a view that suspended declarations of invalidity need be reserved for exceptional circumstances, as s. 52(1) does not imbue courts with a remedial discretion. The starting point for reflecting on *Schachter* is whether that interpretation of s. 52(1) is sound.

[191] In line with the purposive approach to constitutional interpretation, the language of s. 52(1) needs to be understood in the context of the character and larger objects of the *Constitution Act, 1982* (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293, at paras. 178-85, per Rowe J.; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 39).

[192] Aside from the circumstance of unlawfully obtained evidence (s. 24(2)), the *Constitution Act, 1982*, provides two remedies for unlawful state action. The contrast between these is instructive:

- a) Where rights or freedoms have been infringed, s. 24(1) states that a court may provide “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. It is “difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion” (*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965).
- b) An individual who complains not of a particular infringement but of an unconstitutional law can seek a remedy under s. 52(1). Unlike s. 24(1), s. 52(1) refers neither to judicial process, nor to discretion. Rather, a law that is inconsistent with the Constitution “is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”.

[193] Thus, while under s. 24(1) the courts have wide discretion to craft remedies for specific

I. L’arrêt *Schachter* est bien fondé sur le plan des principes

[190] L’arrêt *Schachter* repose sur l’idée que la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité doit être réservée à des cas exceptionnels, vu que le par. 52(1) ne confère pas aux tribunaux de pouvoir discrétionnaire de réparation. Le point de départ de toute réflexion sur l’arrêt *Schachter* consiste à se demander si l’interprétation du par. 52(1) est bien fondée.

[191] Conformément à l’approche téléologique en matière d’interprétation de la Constitution, le libellé du par. 52(1) doit être interprété eu égard à la nature et aux objets plus généraux de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 178-185, le juge Rowe; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 39).

[192] Hormis la situation dans laquelle une preuve a été obtenue illégalement (par. 24(2)), la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit deux réparations en cas d’actes illégaux de l’État. Le contraste entre ces deux réparations est instructif :

- a) Le paragraphe 24(1) prévoit qu’en cas de violation de droits ou libertés, le tribunal peut accorder « la réparation [qu’il] estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Il est « difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965).
- b) Le justiciable qui se plaint, non pas d’une violation en particulier, mais de l’existence d’une loi inconstitutionnelle, peut demander réparation en vertu du par. 52(1). Contrairement au par. 24(1), le par. 52(1) ne parle ni du processus judiciaire ni de pouvoir discrétionnaire. Il prévoit plutôt que la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles » de toute autre loi.

[193] Ainsi, alors qu’en vertu du par. 24(1), les tribunaux disposent d’un vaste pouvoir discrétionnaire

infringements, no such discretion is conferred under s. 52(1) with respect to unconstitutional laws. The rationale for this dichotomy can be seen in the language of s. 1: “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. The power to limit constitutional rights has been entrusted to the legislatures rather than to the courts.

[194] On a purposive interpretation, the absence of remedial discretion in s. 52(1) is no oversight. The *Constitution Act, 1982*, does not give courts a choice as to whether to give effect to Canadians’ right to be free from unconstitutional laws. The Constitution is not an equitable remedy or a writ of grace that lies in the favour of the courts. It confers rights of which Canadians are entitled to immediate protection. But the *Constitution Act, 1982*, is not the whole Constitution.

[195] The *Constitution Act, 1982*’s first decade revealed situations in which this immediate approach to s. 52(1), unqualified, would cause conflict with other constitutional principles. An immediate declaration of invalidity in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, would have threatened the rule of law. An immediate declaration of invalidity in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, would have posed a potential danger to the public, thereby depriving Canadians of the protection of the law, which is an aspect of the rule of law. In these cases, resolution of the conflict between competing constitutional principles called for a suspended declaration.

[196] As well, *Schachter* addressed an ambiguity latent within s. 52(1). When a law offers an

qui leur permet d’élaborer des réparations pour des violations spécifiques, aucun pouvoir discrétionnaire semblable ne leur est conféré par le par. 52(1) en ce qui concerne les lois inconstitutionnelles. Le libellé de l’article premier illustre la raison d’être de cette dichotomie : « 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. » Le pouvoir de limiter des droits constitutionnels a été confié au législateur et non aux tribunaux.

[194] Selon une interprétation téléologique, l’absence de pouvoir discrétionnaire en matière de réparation au par. 52(1) n’est pas attribuable à un oubli. La *Loi constitutionnelle de 1982* ne donne pas aux tribunaux le choix de donner ou non effet au droit des Canadiens d’être à l’abri des lois inconstitutionnelles. La Constitution n’est pas une réparation en equity ou un bref de complaisance que les tribunaux peuvent accorder selon leur bon plaisir. La Constitution confère des droits pour lesquels les Canadiens peuvent exiger une protection immédiate. Mais la Constitution ne se résume pas à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[195] Les dix premières années de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont fait ressortir des situations dans lesquelles une application sans nuance et immédiate du par. 52(1) créerait des conflits avec d’autres principes constitutionnels. Ainsi, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, le prononcé d’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat aurait compromis la primauté du droit. De même, dans l’affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le prononcé d’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat aurait constitué un danger potentiel pour le public, privant ainsi les Canadiens de la protection de la loi, ce qui constitue un des aspects de la primauté du droit. Dans ces affaires, la résolution du conflit entre des principes constitutionnels divergents exigeait que le tribunal suspende l’effet de la déclaration d’invalidité.

[196] L’arrêt *Schachter* portait lui aussi sur une ambiguïté latente dans le par. 52(1). Lorsqu’une loi

underinclusive benefit, there may be no unique “extent of the inconsistency” to strike down. It might be possible to render the scheme constitutional by severing words (*R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711), reading in words (*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493), reading down the scheme (*Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401), or striking down the scheme altogether.

[197] Because the appropriate remedy cannot always be discerned by a court in situations of underinclusive benefits, the supremacy of the legislature as a constitutional principle legitimately comes to bear; a declaration of suspended invalidity provides an opportunity for this to be given effect. For example, *Schachter* concerned a *financial* benefit that was available to adoptive parents, but not to natural parents. Reading in natural parents would have massively expanded and transformed the benefit, causing the Court (as Chief Justice Lamer noted) to act beyond its proper institutional role. Conversely, striking the benefit down altogether would have harmed many adoptive parents without benefiting the plaintiffs. A suspension of the declaration of invalidity ensured that the legislation would be made constitutional, but left the means of so doing to Parliament.

[198] The remark in *Schachter* that the decision to suspend a s. 52(1) remedy turns on “the effect of an immediate declaration on the public” rather than “considerations of the role of the courts and the legislature” (p. 717) must be understood in this context. Institutional considerations by themselves do not provide a constitutional basis for a suspension. Rather, it is only in a situation of underinclusiveness where the proper s. 52(1) remedy is unclear that such institutional considerations may have an effect

accorde des avantages dont la portée est trop limitative, il se peut qu’elle ne comporte pas de « dispositions incompatibles » à invalider. Il pourrait être possible de rendre le régime constitutionnel en dissociant des termes de la loi (*R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711), en procédant à une interprétation large par insertion de mots (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493), en donnant une interprétation atténuée au régime (*Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401), ou en invalidant purement et simplement le régime.

[197] Puisque le tribunal n’est pas toujours en mesure de discerner la réparation appropriée lorsqu’une loi accorde des avantages trop limitatifs, le principe constitutionnel de la suprématie du législateur entre légitimement en jeu; la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité offre une occasion de donner effet à ce principe. Par exemple, l’affaire *Schachter* concernait une prestation *financière* à laquelle avaient droit les parents adoptifs, mais non les parents biologiques. Introduire par interprétation large les parents biologiques dans le champ d’application de la disposition contestée aurait considérablement élargi la portée de cette prestation et l’aurait complètement transformée, ce qui aurait amené notre Cour (comme le juge en chef Lamer l’a fait observer) à déborder le cadre de son rôle institutionnel. En revanche, l’annulation complète de la prestation aurait causé du tort à de nombreux parents adoptifs sans pour autant bénéficier aux demandeurs. En suspendant l’effet de la déclaration d’invalidité, la Cour s’est assurée que la loi puisse être rendue constitutionnelle tout en laissant au législateur le soin de décider des moyens à mettre en œuvre pour ce faire.

[198] Pour bien comprendre l’observation formulée dans l’arrêt *Schachter* selon laquelle la décision de suspendre une réparation accordée en vertu du par. 52(1) dépend de « l’effet d’une déclaration d’invalidité sur le public » et non de « considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs » (p. 717), il faut situer ce passage dans ce contexte. Les considérations relatives au rôle institutionnel ne sont pas des assises constitutionnelles qui permettent à elles seules de prononcer une suspension. Ce n’est

on whether to order a suspension, as indeed was the case in *Schachter* (pp. 721-24).

[199] In this view, the *Schachter* categories exemplify circumstances in which countervailing constitutional principles constitute a valid basis to suspend an immediate declaration of invalidity that would otherwise follow by virtue of s. 52(1). While in my view the three categories are not exhaustive, a court should suspend a declaration of invalidity only if there is a constitutional basis for doing so. By necessary implication, the inherent jurisdiction of a court is not a sound or sufficient legal basis to depart from the immediate effect of s. 52(1).

II. *Schachter* Can Be Workable

[200] While the Court has departed from *Schachter*, this does not indicate that there are conceptual flaws with the approach in *Schachter*. I say this mindful of cases such as *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, in which this Court struck down offences relating to sex work. Chief Justice McLachlin indicated that “[w]hether immediate invalidity would pose a danger to the public or imperil the rule of law . . . may be subject to debate”, but suspended the declaration because “moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians” (para. 167). Was a suspension legally justified in *Bedford*? I am not confident that the concerns noted by the Chief Justice constitute a valid legal basis for continuing to subject Canadians to laws rendered unconstitutional by virtue of s. 52(1).

que dans une situation de portée trop limitative où la réparation convenable à accorder en vertu du par. 52(1) est incertaine que de telles considérations institutionnelles peuvent avoir une incidence sur l’opportunité de prononcer une suspension, comme ce fut effectivement le cas dans *Schachter* (p. 721-724).

[199] Dans cette optique, les catégories établies dans l’arrêt *Schachter* illustrent les circonstances dans lesquelles des principes constitutionnels faisant contrepoids constituent une raison valable de suspendre la déclaration d’invalidité avec effet immédiat qui serait sinon prononcée en vertu du par. 52(1). Bien qu’à mon avis, ces trois catégories ne soient pas exhaustives, le tribunal ne devrait suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité que si un motif constitutionnel lui permet de le faire. Il en découle nécessairement que la compétence inhérente du tribunal ne constitue pas un fondement juridique valable ou suffisant pour écarter l’effet immédiat du par. 52(1).

II. L’arrêt *Schachter* est applicable

[200] Même si notre Cour s’est écartée de l’arrêt *Schachter*, il ne faut pas pour autant en conclure que l’approche suggérée dans l’arrêt *Schachter* est entachée de lacunes sur le plan conceptuel. Cela dit, je n’oublie pas les arrêts comme *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, dans lequel notre Cour a invalidé des infractions relatives au travail du sexe. Expliquant qu’« [i]l peut y avoir controverse quant à savoir si l’invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit », la juge en chef McLachlin a néanmoins suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité parce que « passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens » (par. 167). La suspension était-elle légalement justifiée dans l’affaire *Bedford*? Je ne suis pas certain que les inquiétudes relevées par la juge en chef constituent un fondement juridique valable pour continuer d’assujettir des Canadiens à des dispositions législatives rendues inconstitutionnelles par application du par. 52(1).

[201] Nor have the *Schachter* categories proved unworkable or difficult to apply in practice. Academics have had little difficulty identifying cases in which the Court has departed from *Schachter* (B. Ryder, “Suspending the Charter” (2003), 21 S.C.L.R. (2d) 267; C. Mouland, “Remedying the Remedy: *Bedford’s* Suspended Declaration of Invalidity” (2018), 41 *Man. L.J.* 281, at pp. 289-90; L. Weinrib, *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, August 21, 2006 (online); R. Leckey, “The harms of remedial discretion” (2016), 14 *ICON* 584; S. Burningham, “A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada*” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201; G. R. Hoole, “Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law” (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107).

[202] In the six years after *Schachter*, its categories were applied without difficulty. According to Ryder’s count, only two out of sixteen s. 52(1) remedies were suspended (Ryder, at pp. 294-97). *Schachter* did not prove unworkable in practice; the problem was that it was too often honoured in the breach. It had been tested, it had worked well, and it can continue to do so.

III. Alternative Approaches Are Not Preferable

[203] Justice Karakatsanis suggests that the *Schachter* categories be replaced by what she calls a “principled discretion”. This is distinguished from what she refers to as “complete discretion” by four principles:

- A. *Charter* rights should be safeguarded through effective remedies.
- B. The public has an interest in the constitutional compliance of legislation.
- C. The public is entitled to the benefit of legislation.

[201] Les catégories établies dans l’arrêt *Schachter* ne se sont pas non plus avérées difficiles ou impossibles à appliquer en pratique. Les auteurs n’ont pas eu de difficulté à relever les décisions dans lesquelles notre Cour s’est écartée de l’arrêt *Schachter* (B. Ryder, « Suspend the Charter » (2003), 21 S.C.L.R. (2d) 267; C. Mouland, « Remedying the Remedy : *Bedford’s* Suspended Declaration of Invalidity » (2018), 41 *Man. L.J.* 281, p. 289-290; L. Weinrib, *Suspended invalidity orders out of sync with Constitution*, 21 août 2006 (en ligne); R. Leckey, « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *ICON* 584; S. Burningham, « A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada* » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201; G. R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107).

[202] Au cours des six années qui ont suivi le prononcé de l’arrêt *Schachter*, les catégories établies dans ce dernier ont été appliquées sans problème. Selon les calculs de Ryder, seulement deux des seize réparations accordées en vertu du par. 52(1) ont été suspendues (Ryder, p. 294-297). L’arrêt *Schachter* ne s’est pas avéré inapplicable en pratique; le problème vient du fait qu’on a trop souvent refusé de l’appliquer. Il a été mis à l’épreuve, il a donné de bons résultats et il peut continuer à en donner.

III. Les autres approches proposées ne sont pas préférables

[203] La juge Karakatsanis suggère de remplacer les catégories de l’arrêt *Schachter* par ce qu’elle appelle un « pouvoir discrétionnaire fondé sur des principes », lequel se distingue de ce qu’elle appelle un « pouvoir discrétionnaire absolu » en raison des quatre principes suivants :

- A. Les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés par l’octroi de réparations efficaces.
- B. Il est dans l’intérêt du public que les lois soient conformes à la Constitution.
- C. Le public a droit au bénéfice de la loi.

D. Courts and legislatures play different institutional roles (para. 94).

[204] I take no issue with these four statements. But, they lack analytic structure. Rather, they are so indeterminate and truistic as to provide no meaningful guidance. While they are compatible with the Court's uneven jurisprudence, they are equally compatible with very different choices. They present less a constraint on judicial discretion than a vocabulary for justifying *ad hoc* decisions.

[205] My colleague says that a "principled" approach is better as it requires justification. This is not persuasive. All decisions require justification. Whether the framework is expressed using principles or categories, what is at issue is whether it constrains discretion — as the *Schachter* framework does — or whether in reality it throws open the door to judicial fiat. I am concerned that the discretionary approach Justice Karakatsanis advocates will lead to a continuation of current trends, in which declarations of invalidity are suspended in a way that varies with the length of the Chancellor's foot.

[206] More fundamentally, I see no legitimate basis to read remedial discretion into s. 52(1). The provision admits of no such discretion. Rather, it is only by virtue of competing constitutional principles or ambiguity within s. 52(1) itself that one can justify suspending a declaration of invalidity. Statutes that are inconsistent with the Constitution are of no effect. Nothing can revive them. The only basis on which they can be ordered to be enforced notwithstanding their illegality is that to declare them to be immediately illegal would offend some other constitutional principle. Courts have no inherent authority to make legal that which is not. In this I differ fundamentally with my colleague.

D. Les tribunaux et les législateurs jouent des rôles institutionnels différents (para. 94).

[204] Je n'ai rien à redire sur ces quatre affirmations. Mais elles sont mal structurées sur le plan analytique. Elles sont en fait tellement vagues et évidentes qu'elles ne nous offrent aucune ligne directrice utile. Bien qu'elles soient conciliables avec la jurisprudence inconstante de notre Cour, elles sont tout aussi compatibles avec les options les plus différentes qui soient. Elles ne servent pas tant à limiter l'exercice, par les tribunaux, de leur pouvoir discrétionnaire qu'à proposer un vocabulaire pour justifier des décisions ponctuelles.

[205] Ma collègue affirme qu'une méthode « fondée sur des principes » est préférable car elle exige une justification. Cette thèse n'est pas convaincante. Toute décision doit être justifiée. Que le cadre d'analyse soit formulé au moyen de principes ou de catégories, ce qui est en jeu, c'est de savoir s'il restreint le pouvoir discrétionnaire — comme le fait le cadre énoncé dans *Schachter* — ou s'il ouvre en réalité la porte à l'arbitraire des tribunaux. Je crains que l'approche axée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui est préconisée par la juge Karakatsanis ne contribue qu'à maintenir la tendance actuelle, selon laquelle on suspend l'effet de déclarations d'invalidité de façon totalement arbitraire.

[206] Plus fondamentalement, je ne vois aucune raison légitime d'intégrer, par voie d'interprétation, un pouvoir discrétionnaire de réparation au par. 52(1). La disposition n'admet pas l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire. Au contraire, ce n'est qu'en raison de l'existence de principes constitutionnels opposés ou de l'ambiguïté du par. 52(1) lui-même que l'on peut justifier la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité. Les lois incompatibles avec la Constitution sont inopérantes. Rien ne peut les faire revivre. La seule condition à laquelle on peut en ordonner l'application nonobstant leur illégalité est que les déclarer telles sur-le-champ irait à l'encontre d'un autre principe constitutionnel. Les tribunaux n'ont pas compétence inhérente pour rendre légal ce qui ne l'est pas. À cet égard, je diffère fondamentalement d'opinion avec ma collègue.

[207] My colleague writes at paras. 120-21:

While s. 52(1) does not explicitly provide the authority to suspend a declaration, in adjudicating constitutional issues, courts “may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada” (*Manitoba Language Rights*, at p. 752; see also *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342 at para. 52). [Footnote omitted]

The power to suspend the effect of a declaration of invalidity should be understood to arise from accommodation of broader constitutional considerations and is included in the power to declare legislation invalid. . . .

She also writes, at para. 85, that “[a] general declaration pursuant to courts’ statutory or inherent jurisdiction is the means by which they give full effect to the broad terms of s. 52(1)”.

[208] Respectfully, I disagree. This suggests that Superior Courts possess a form of inherent authority sufficient to override express provisions of the Constitution. On occasion courts have been called on to answer questions concerning the relationship of institutions of the state for which no answer is provided in the written Constitution, e.g. in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. On such rare and exceptional occasions courts “may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada”, which might be called structural analysis. But, in such instances, courts provide an answer as to the authority of the legislature or the executive where the written Constitution is silent. Where the Constitution is explicit, as s. 52(1) is, more is required. The power to suspend a declaration of invalidity is not “included” in s. 52(1); rather, it contradicts s. 52(1). Thus, in order to justify a suspension, one must rely on a countervailing constitutional principle.

[207] Ma collègue écrit, aux par. 120 et 121 :

Même si le par. 52(1) ne confère pas explicitement le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration, dans les décisions constitutionnelles, les tribunaux « peu[ven]t tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 752; voir aussi *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 52). [Note de bas de page omise.]

Le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité devrait être perçu comme découlant de la prise en compte de considérations constitutionnelles générales et ce pouvoir est compris dans celui de déclarer une loi invalide. . . .

Elle écrit aussi, au par. 85, que « [l]es tribunaux ont plutôt le pouvoir de prononcer une déclaration générale conformément à la compétence légale ou inhérente dont ils sont investis pour donner aux termes généraux du par. 52(1) leur plein effet ».

[208] En toute déférence, je ne suis pas d’accord. Cela donne à penser que les cours supérieures jouissent d’une forme de compétence inhérente suffisante pour écarter des dispositions expresses de la Constitution. Les tribunaux ont parfois été appelés à répondre à des questions sur la relation entre des institutions étatiques, des questions auxquelles on ne trouve pas de réponse dans la Constitution écrite, p. ex. dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. Lors d’occasions aussi rares et exceptionnelles, les tribunaux « peu[ven]t tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada », ce que l’on pourrait appeler une analyse structurelle. Mais en pareil cas, les tribunaux donnent une réponse au sujet du pouvoir du législateur ou de l’exécutif lorsque la Constitution écrite est muette sur ce point. Si la Constitution est explicite, comme au par. 52(1), il en faut davantage. Le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité n’est pas « compris » dans le par. 52(1); il contredit plutôt cette disposition. Par conséquent, il faut s’appuyer sur un principe constitutionnel faisant contrepoids pour justifier une suspension.

[209] As for Justices Côté and Brown’s approach, the rule of law is not the only constitutional principle that can justify suspending a declaration of invalidity. Notably, on a purposive interpretation, underinclusive benefits call for a court to order a suspension so as to give proper place to the legislature in framing a remedy.

IV. Applying *Schachter*

[210] In this case, the declaration of invalidity was suspended on the basis of public safety concerns.

[211] The analysis above suggests that courts cannot suspend a declaration of invalidity simply because an immediate declaration might create some risk to public safety. Rather, the risk to public safety must be sufficient to infringe the constitutional principle of the rule of law, so that the court is forced to reconcile two conflicting constitutional principles.

[212] The threshold for suspending a declaration of invalidity can be illustrated by the cases in which the Court has invoked the public safety rationale. In *Swain*, the Court struck down the power to detain accused who were acquitted “by reason of insanity”, as it was phrased at the time. In *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, the Court struck down the scheme for detaining those found unfit to stand trial. In *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, the Court struck down a scheme for detaining foreign nationals or permanent residents on grounds of security.

[213] In all three cases, an immediate declaration would have released individuals who were held in custody because they posed a danger to public safety. The risk to public safety was high, as would

[209] Quant à l’approche des juges Côté et Brown, la primauté du droit n’est pas le seul principe constitutionnel susceptible de justifier la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Notamment, selon une interprétation téléologique, l’existence d’avantages trop limitatifs exige que le tribunal ordonne la suspension afin de donner au législateur la place qui lui revient dans l’élaboration d’une réparation.

IV. Application de l’arrêt *Schachter*

[210] En l’espèce, l’effet de la déclaration d’invalidité a été suspendu pour des raisons de sécurité publique.

[211] L’analyse qui précède suggère que les tribunaux ne peuvent suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité simplement parce qu’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat pourrait créer un certain risque pour la sécurité publique. Le risque pour la sécurité publique doit être suffisamment élevé pour transgresser le principe constitutionnel de la primauté du droit, de sorte que le tribunal est forcé de concilier deux principes constitutionnels opposés.

[212] On peut illustrer en quoi consiste le critère minimal à satisfaire pour pouvoir suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité en se reportant aux décisions dans lesquelles notre Cour a invoqué la sécurité publique pour justifier une telle mesure. Dans l’arrêt *Swain*, notre Cour a invalidé le pouvoir de détenir les prévenus acquittés « pour cause d’aliénation mentale », pour reprendre l’expression employée à l’époque. Dans l’arrêt *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, la Cour a invalidé le régime permettant de détenir des accusés inaptes à subir leur procès. Dans l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, la Cour a invalidé un régime permettant de détenir des étrangers ou des résidents permanents pour raison de sécurité.

[213] Dans ces trois affaires, le prononcé d’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat aurait donné lieu à la libération de personnes qui étaient détenues au motif qu’elles présentaient un danger

be expected to justify reading into the Constitution a discretion to suspend a declaration of invalidity.

[214] In this case, neither party focused their submissions on the suspension. In addition, this Court refused to stay the 12-month suspension (*Ontario (Attorney General) v. G*, 2019 SCC 36, [2019] 2 S.C.R. 990), which thus expired on April 4, 2020, rendering the issue moot. In the circumstances, there is no cause to decide whether the declaration was properly suspended.

[215] The issue of the exemption order is also moot. The respondent does not need to be exempted from legislation that is already of no force or effect. As a result, although I am in substantial agreement with the approach to individual exemptions set out by Justices Côté and Brown, there is no cause to decide whether the individual exemption was rightly ordered.

V. Conclusion

[216] Rather than departing from *Schachter* and replacing it with another approach, I would affirm it, with the explanations that I have set out above.

[217] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting in part) —

I. Overview

[218] While we agree with our colleague Karakatsanis J.'s conclusion that *Christopher's Law* infringes Mr. G's *Charter* right to equal treatment under the law, we write separately to constitutionally ground the usage of suspended declarations

pour la sécurité publique. Le risque pour la sécurité publique était élevé, comme il se devait de l'être afin de justifier que l'on introduise par interprétation large dans la Constitution un pouvoir discrétionnaire permettant de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité.

[214] Dans le cas qui nous occupe, aucune des parties n'a axé son argumentation sur la suspension. De plus, notre Cour a refusé de surseoir au jugement décrétant une suspension de 12 mois (*Ontario (Procureure générale) c. G*, 2019 CSC 36, [2019] 2 R.C.S. 990), qui est donc venue à expiration le 4 avril 2020, rendant théorique la question. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de décider si l'effet de la déclaration a été suspendu à bon droit.

[215] La question de l'ordonnance d'exemption est également sans objet. L'intimé n'a pas besoin d'être exempté d'une loi qui est déjà inopérante. Par conséquent, bien que je souscrive pour l'essentiel à l'approche proposée par les juges Côté et Brown en matière d'exemptions individuelles, j'estime qu'il n'y a pas lieu de décider si l'exemption individuelle a été accordée à bon droit en l'espèce.

V. Dispositif

[216] Plutôt que de s'écarter de l'arrêt *Schachter* et de le remplacer par une autre approche, je suis d'avis de le confirmer pour les motifs que j'ai exposés précédemment.

[217] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents en partie) —

I. Vue d'ensemble

[218] Bien que nous souscrivions à la conclusion de notre collègue la juge Karakatsanis suivant laquelle la *Loi Christopher* porte atteinte au droit à l'égalité de traitement devant la loi que la *Charte* reconnaît à M. G, nous rédigeons des motifs distincts

of invalidity in a way our colleague does not. In our view, suspended declarations of invalidity — which allow for the ongoing infringement of *Charter* rights — ought to be granted as a measure of last resort, and only to protect the rule of law. Relatedly, we respectfully disagree with our colleague that this Court’s remedial jurisprudence since *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, “has come to coalesce around a group of core remedial principles” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 82). To the contrary, our reading of this Court’s jurisprudence reveals none of the principles our colleague identifies. Instead, unmoored from the rule of law, it has produced inconsistent and unprincipled results. A return to first principles is necessary.

[219] Our colleague would also grant Mr. G an individual exemption from the suspended declaration. With respect, doing so here would exceed the institutional competence of this Court and intrude into legislative domain.

[220] For the reasons that follow, we would uphold the 12-month suspension of the declaration of invalidity. We would not, however, grant the respondent an individual exemption.

II. Section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[221] Before we embark on our discussion of remedy, we offer these observations on our colleague’s treatment of s. 15(1) of the *Charter*.

[222] In our view, the s. 15(1) issue is easily disposed of. *Christopher’s Law (Sex Offender Registry)*, 2000, S.O. 2000, c. 1 (“*Christopher’s Law*”), draws a distinction between persons found not criminally responsible on account of mental disorder (“NCRMD”) pour asseoir constitutionnellement le recours à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité d’une façon différente de notre collègue. À notre avis, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité — qui permet à une atteinte aux droits garantis par la *Charte* de perdurer — ne devrait être accordée qu’en dernier ressort, et uniquement pour protéger la primauté du droit. Dans le même ordre d’idées, nous ne partageons pas l’avis de notre collègue suivant lequel la jurisprudence de notre Cour en matière de réparation a, depuis l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, « intégré un groupe de principes fondamentaux en matière de réparation » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 82). Nous estimons, au contraire, que la jurisprudence de notre Cour ne révèle l’existence d’aucun des principes invoqués par notre collègue. Sans aucun lien avec la primauté du droit, cette jurisprudence a plutôt donné lieu à des décisions incohérentes et non fondées sur des principes. Un retour aux principes premiers est nécessaire.

[219] Notre collègue accorderait également à M. G une exemption individuelle de la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité. Avec égards, si notre Cour accordait une telle exemption en l’espèce, elle excéderait sa compétence institutionnelle et empiéterait sur le domaine législatif.

[220] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de confirmer la suspension, pour 12 mois, de l’effet de la déclaration d’invalidité. Nous n’accorderions cependant pas d’exemption individuelle à l’intimé.

II. Paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

[221] Avant d’entamer notre analyse des réparations, nous tenons à formuler les observations suivantes au sujet de la façon dont notre collègue aborde le par. 15(1) de la *Charte*.

[222] À notre avis, il est facile de trancher la question du par. 15(1). La *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, c. 1 (« *Loi Christopher* »), établit une distinction entre les personnes déclarées non responsables criminellement

and persons found guilty. And that distinction exacerbates pre-existing disadvantage by perpetuating the stereotype that persons with mental illness are inherently dangerous (*Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20). Persons found guilty have several “exit ramps” leading away from the obligation to comply with *Christopher’s Law’s* sex-offender registry: a conditional or absolute discharge under s. 730 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, a pardon, or a record suspension (*Christopher’s Law*, ss. 1(1) “offender” and “pardon”, 7(4) and 9.1). Persons found NCRMD, by contrast, do not, even where the Ontario Review Board determines that they no longer pose a significant threat to public safety and grants them an absolute discharge. As a result, those persons found NCRMD in respect of more than one sex offence, or in respect of a sex offence with a maximum sentence of more than 10 years, must — categorically and without exception — comply with *Christopher’s Law* for the rest of their lives (s. 7(1)(b) and (c)). This constitutes differential treatment on the basis of an enumerated ground: mental disability. The proper remedy is to require the legislature to provide persons found NCRMD who have been absolutely discharged with an *opportunity* for exemption and removal from the *Christopher’s Law* registry.

[223] This disposes fully of the merits of the s. 15(1) issue. Our colleague, however, goes further, and in extensive *obiter dicta* discusses adverse-effects discrimination and “substantive equality” (paras. 41-69). Her doctrinal statements are not remotely relevant to the issues raised by this appeal, especially considering this is not an adverse-effects case. The distinction in this case is facially apparent: *Christopher’s Law* explicitly states that persons

pour cause de troubles mentaux et les personnes reconnues coupables. Et cette distinction accentue un désavantage préexistant en perpétuant le stéréotype selon lequel les personnes souffrant de troubles mentaux sont en soi dangereuses (*Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20). Les personnes déclarées coupables disposent de plusieurs « voies de sortie » qui leur permettent d’être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre des délinquants sexuels instauré par la *Loi Christopher* : si elles reçoivent une absolution conditionnelle ou une absolution inconditionnelle en vertu de l’art. 730 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ou si elles obtiennent un pardon ou une suspension de leur casier judiciaire (*Loi Christopher*, par. 1(1) « délinquant » et « pardon », 7(4) et 9.1). En revanche, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux n’ont pas accès à ces mécanismes, même lorsque la Commission ontarienne d’examen juge qu’elles ne représentent plus un risque important pour la sécurité du public et qu’elle leur accorde une libération inconditionnelle. Par conséquent, les personnes déclarées non responsables criminellement, pour cause de troubles mentaux, de plusieurs infractions sexuelles ou d’une infraction sexuelle pour laquelle la peine maximale prévue dépasse dix ans doivent — systématiquement et sans exception — se conformer à la *Loi Christopher* pour le reste de leur vie (al. 7(1)(b) et c)). Ceci constitue une différence de traitement fondée sur un motif énuméré : la déficience mentale. La réparation appropriée consiste à exiger de la législature qu’elle offre aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, qui ont été libérées inconditionnellement, la *possibilité* de bénéficier d’une exemption et d’être retirées du registre prévu par la *Loi Christopher*.

[223] Voilà qui tranche le fond de la question relative au par. 15(1). Notre collègue va toutefois plus loin et, dans une longue opinion en obiter, parle de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable et de « l’égalité réelle » (par. 41-69). Ses affirmations doctrinales n’ont pas le moindre rapport avec les questions soulevées par le présent pourvoi, d’autant plus que la présente affaire n’en est pas une de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. La

found NCRMD — persons with a mental disability — and those who are “convicted” must comply with its registry (ss. 1(1) “offender”, 2 and 8(1)(c)). It then explicitly exempts from compliance with the registry those who have received a pardon, those who have received a record suspension, and those who have received a conditional or absolute discharge under s. 730 of the *Code*. However, a person found NCRMD is ineligible to receive a pardon, a record suspension, or a discharge under s. 730 because they are deemed under the *Code* to have committed no crime (ss. 16(1), 672.1(1), 672.34 and 672.35). A discriminatory result such as this one, that arises from reading two or more statutes together, is not adverse-effects discrimination. In cases of adverse-effects discrimination, the discriminatory law appears facially neutral, and causation is the central issue: whether, in spite of its apparent neutrality, the impugned law augments pre-existing disadvantage in its effect (*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 75-76). Consequently, in those cases, the claimant has “more work to do” (*Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 64). Here, there is simply no work to be done nor any causal connection wanting: the statutes, read together, draw a facial distinction on the basis of mental disability.

[224] Thus, our silence on paragraphs 41-69 of our colleague’s reasons should not be taken as tacit approval of their content. We simply do not see them as offering *actual reasons* for her judgment, but “commentary . . . or exposition” instead (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 57).

distinction en l’espèce est à première vue évidente : la *Loi Christopher* prévoit explicitement que les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux — des personnes qui sont atteintes d’une déficience mentale — et celles qui ont été « déclarées coupables » doivent se conformer à l’obligation de s’inscrire au registre des délinquants sexuels (par. 1(1) « délinquant », art. 2 et al. 8(1)c)). Elle dispense ensuite expressément de cette obligation les personnes qui ont reçu un pardon et celles qui ont obtenu une suspension de leur casier judiciaire ou qui ont été absoutes inconditionnellement ou sous conditions en vertu de l’art. 730 du *Code*. Toutefois, la personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux n’est pas admissible à un pardon, à une suspension de son casier judiciaire ou à une absolution en vertu de l’art. 730 parce qu’elle est réputée, en application du *Code*, n’avoir commis aucun crime (par. 16(1) et 672.1(1), art. 672.34 et 672.35). Cette situation discriminatoire, qui résulte de l’interprétation conjointe de deux ou de plusieurs lois, ne constitue pas de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Dans le cas d’une discrimination par suite d’un effet préjudiciable, la loi discriminatoire semble à première vue neutre et la question centrale est celle du lien de causalité : il s’agit de savoir si, en dépit de son apparente neutralité, la loi contestée accentue, de par son effet, un désavantage préexistant (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 75-76). En pareil cas, le demandeur a alors « une tâche plus lourde » (*Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 64). En l’espèce, il n’y a tout simplement aucune tâche à accomplir ni lien de causalité à établir : considérées ensemble, les lois en question établissent à première vue une distinction fondée sur la déficience mentale.

[224] Par conséquent, notre silence au sujet des par. 41 à 69 des motifs de notre collègue ne doit pas être interprété comme une approbation tacite de leur contenu. Nous estimons simplement qu’ils ne constituent pas de *véritables motifs* à l’appui de son jugement, mais qu’il s’agit plutôt de « commentaires [. . .] ou d’exposés » (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57).

III. Suspended Declarations of Invalidity

[225] As we see it, there are three principal reasons why only a threat to the rule of law should warrant a suspended declaration of invalidity. First, this was what the Court envisioned in assuming for the first time the power to issue a suspended declaration in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (“*Manitoba Reference*”). Secondly, the Constitution commands such a result: the text contemplates immediate declarations as the norm, subject only to a rule of law concern. Thirdly, lessons learned in the wake of *Schachter* about the practical implications of suspended declarations reveal why a discretionary approach focused on “remedial principles” is undesirable, and why a constitutional tether to the rule of law is so essential. We will address each point in turn.

A. *The Genesis and Evolution of Suspended Declarations*

[226] To understand the necessarily exceptional quality of suspended declarations, it is helpful to recount the unprecedented circumstances of *Manitoba Reference*. Because Manitoba had failed to enact its legislation in English and French, virtually all of its laws passed over more than nine decades were poised to become invalid. Declaring those laws immediately invalid, however, would have created a “legal vacuum . . . with consequent legal chaos” of intolerable proportions (p. 747). All of Manitoba’s governing bodies created by law including courts, tribunals, public offices, and school boards would have been stripped of legal authority. The composition of the Manitoba Legislature would have been called into question. The legal order that regulated the affairs of Manitobans “since 1890 [would have been] destroyed and [their] rights, obligations and other effects arising under [the unilingual] laws [would have become] invalid and unenforceable” (p. 749;

III. Suspension de l’effet des déclarations d’invalidité

[225] À notre avis, il y a trois principales raisons pour lesquelles une suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité est justifiée uniquement lorsque la primauté du droit est menacée. Tout d’abord, c’est le scénario qu’envisageait la Cour lorsqu’elle a exercé pour la première fois le pouvoir de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 (« *Renvoi relatif au Manitoba* »). Deuxièmement, la Constitution commande un tel résultat : son texte prévoit que la règle est le prononcé d’une déclaration avec effet immédiat, sous réserve uniquement d’une préoccupation quant à la primauté du droit. Troisièmement, les leçons tirées dans la foulée de l’arrêt *Schachter* au sujet des répercussions pratiques de la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité nous aident à comprendre pourquoi une approche discrétionnaire axée sur les « principes en matière de réparation » n’est pas souhaitable et pourquoi un lien entre la Constitution et la primauté du droit est si essentiel. Nous examinerons à tour de rôle chacun de ces aspects.

A. *Genèse et évolution de la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité*

[226] Pour bien saisir le caractère forcément exceptionnel de la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité, il est utile de rappeler le contexte sans précédent du *Renvoi relatif au Manitoba*. Comme le Manitoba n’avait pas promulgué ses lois en français et en anglais, pratiquement toutes les lois qui avaient été adoptées au cours des 90 années précédentes étaient sur le point d’être invalidées. Toutefois, le fait de déclarer sur-le-champ ces lois invalides aurait créé un « vide juridique [. . .] et le chaos qui s’ensuivra en la matière » d’une ampleur insupportable (p. 747). Tous les organismes manitobains créés par des lois, y compris les tribunaux administratifs ou judiciaires, les titulaires de charges publiques et les commissions scolaires auraient été dépouillés des pouvoirs conférés par ces lois. La composition de la législature du Manitoba aurait été mise en doute. L’ordre juridique qui règlementait les affaires des Manitobains « depuis 1890 [aurait été] détruit et

see also pp. 747-48). An unprecedented “state of emergency” was imminent (p. 766).

[227] In response, the Court created the suspended declaration, modelled after the doctrine of state necessity. The doctrine of state necessity, reserved for exceptional circumstances like an insurrection or forging a new constitution, allows a government temporary reprieve from complying with its constitution in order to address a public emergency and preserve the rule of law (*Manitoba Reference*, at p. 761). By accepting for itself the authority to take similar emergency action, the Court was taking a momentous step, since the precedents on state necessity cited by the Court involved emergency action being taken by the executive or legislative branches, not by courts (pp. 763 and 765-66). Further, for obvious reasons the doctrine of state necessity is potentially dangerous, and must be “severely circumscribe[d]” and “narrowly and carefully applied” in order to constitute an affirmation of, rather than an affront to, the rule of law (M. M. Stavsky, “The Doctrine of State Necessity in Pakistan” (1983), 16 *Cornell Int’l L.J.* 341, at pp. 344 and 342; see also p. 354; *Manitoba Reference*, at pp. 758-59). The line between using the doctrine as a veil for usurpation of authority and using it to safeguard the constitutional order from harm is fine. For this reason, at the core of the doctrine lies the premise that “courts should be reluctant to permit deviations from constitutional norms” (Stavsky, at p. 344).

[228] Recognizing the magnitude of this step and its potential threat to the division of powers and the rule of law, the Court in *Manitoba Reference* tightly constrained the use of suspended declarations. It concluded that a suspended declaration should only be used “in order to preserve the rule of law . . . under conditions of emergency, when it is impossible to comply with” constitutional rights (p. 763 (emphasis

[leurs] droits, obligations et autres effets découlant de ces [lois unilingues seraient devenus] invalides et non exécutoires » (p. 749; voir aussi p. 747-748). Une « situation d’urgence » sans précédent était imminente (p. 766).

[227] La Cour a alors créé le mécanisme de la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité, s’inspirant du principe de l’état de nécessité. Le principe de l’état de nécessité, qui ne s’applique que dans des situations exceptionnelles, comme une insurrection ou l’élaboration d’une nouvelle constitution, permet à un gouvernement d’être dispensé temporairement de respecter sa constitution pour répondre à une situation d’urgence publique et préserver la primauté du droit (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 761). En reconnaissant qu’elle avait le pouvoir de prendre de telles mesures d’urgence, la Cour a franchi un pas important, car les précédents sur l’état de nécessité cités par la Cour portaient sur des mesures d’urgence prises par l’organe exécutif ou l’organe législatif et non par les tribunaux (p. 763 et 765-766). De plus, pour des raisons évidentes, le principe de l’état de nécessité est potentiellement dangereux et doit être [TRADUCTION] « rigoureusement circonscrit [et] strictement et soigneusement appliqué » pour constituer une confirmation de la primauté du droit plutôt qu’une atteinte à cette dernière (M. M. Stavsky, « The Doctrine of State Necessity in Pakistan » (1983), 16 *Cornell Int’l L.J.* 341, p. 344 et 342; voir aussi p. 354; *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 758-759). La distinction entre l’utilisation de ce principe pour dissimuler une usurpation de pouvoir et le fait de s’en servir pour protéger l’ordre constitutionnel de tout danger est subtile. Pour cette raison, au cœur de ce principe réside la prémisse suivant laquelle [TRADUCTION] « les tribunaux devraient hésiter à permettre que l’on déroge à des normes constitutionnelles » (Stavsky, p. 344).

[228] Reconnaissant l’ampleur de cette étape et la menace potentielle qu’elle représentait pour le partage des pouvoirs et la primauté du droit, la Cour a, dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, rigoureusement limité le recours à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité. Elle a conclu que l’on ne devait prendre une telle mesure qu’« afin de préserver la primauté du droit [. . .] en situation d’urgence, lorsqu’il

added)). The operative focus must be whether a “failure to [suspend the declaration] would lead to legal chaos” (p. 766) or, in other words, whether a suspended declaration is necessary “to preserve the rule of law the Constitution was meant to constitute” (B. Ryder, “Suspending the *Charter*” (2003), 21 S.C.L.R. (2d) 267, at p. 268). In short, the Court in *Manitoba Reference* “clearly viewed a temporary suspension of constitutional requirements as extraordinary” (Ryder, at p. 268). It was contingent on the exigency: “to avoid a state of emergency” (*Manitoba Reference*, at p. 763).

[229] Since *Manitoba Reference*, however, this Court has lost its way. The Court now suspends declarations of invalidity almost as a matter of course, often with no justification or attention to the rule of law.¹¹ In our view, most of the cases in which suspended declarations have issued since *Manitoba Reference* do not come close to reaching the high threshold it decreed. Rather, suspended declarations have become this Court’s “remedial instrument of choice”, applied “casually” and as a matter of “routine” or “preference” while affording only “lip service . . . to the dangers of allowing continued violations of *Charter* rights and freedoms” (G. R. Hoole, “Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law” (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, at pp. 110-11; Ryder, at pp. 271-72 and 280; S. Choudhry and K. Roach, “Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative

est impossible d’observer » les droits constitutionnels (p. 763 (nous soulignons)). La question essentielle est celle de savoir si « l’omission de [suspendre l’effet de la déclaration] entraînerait le chaos sur le plan juridique » (p. 766) ou, en d’autres termes, si la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité est nécessaire [TRADUCTION] « pour préserver la primauté du droit que la Constitution est censée incarner » (B. Ryder, « Suspending the *Charter* » (2003), 21 S.C.L.R. (2d) 267, p. 268). Bref, dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, la Cour [TRADUCTION] « a clairement estimé que la suspension temporaire du respect des exigences constitutionnelles était une mesure exceptionnelle » (Ryder, p. 268) subordonnée à l’impératif « d’éviter une situation d’urgence » (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 763).

[229] Mais depuis le *Renvoi relatif au Manitoba*, notre Cour s’est égarée. Elle suspend désormais l’effet des déclarations d’invalidité presque automatiquement, souvent sans justifier sa décision ni se soucier de la primauté du droit¹¹. Selon nous, la plupart des affaires dans lesquelles la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité a été prononcée depuis le *Renvoi relatif au Manitoba* sont loin de satisfaire au critère exigeant que la Cour y avait fixé. Les suspensions de l’effet de déclarations d’invalidité sont plutôt devenues la [TRADUCTION] « mesure de réparation de prédilection » de notre Cour, qui l’applique « de façon désinvolte » et « systématique » ou « pour des raisons de préférences personnelles », tout en ne prenant acte « que pour la forme [. . .] des risques que comporte le fait de permettre la violation continue des droits et libertés garantis par la *Charte* » (G. R. Hoole, « Proportionality as a Remedial Principle : A Framework for Suspended Declarations of Invalidity

¹¹ See, e.g., *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 158; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 103; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79-80; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at paras. 32 and 34; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paras. 43 and 46; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 24; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 128.

¹¹ Voir, p. ex., *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 158; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 103; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79-80; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 168; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 32 et 34; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43 et 46; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 24; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 128.

Constitutional Remedies” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at p. 228; S. Burningham, “A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada*” (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201, at p. 202; R. Leckey, “Remedial Practice Beyond Constitutional Text” (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1 (“Leckey, ‘Remedial’”), at p. 23).

in Canadian Constitutional Law » (2011), 49 *Alta. L. Rev.* 107, p. 110-111; Ryder, p. 271-272 et 280; S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 228; S. Burningham, « A Comment on the Court’s Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada* » (2015), 78 *Sask. L. Rev.* 201, p. 202; R. Leckey, « Remedial Practice Beyond Constitutional Text » (2016), 64 *Am. J. Comp. L.* 1 (« Leckey, “Remedial” », p. 23).

[230] In other words, this Court has been issuing suspended declarations, and even *extending* those suspensions, with little constitutional or jurisprudential grounding. For instance, in both *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, and *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, the Court offered meagre reasons for suspending a declaration of invalidity. In *Bedford*, the Court suspended the declaration of invalidity on the enigmatic notion that leaving prostitution unregulated “would be a matter of great concern to many Canadians”, despite finding that it was “subject to debate” whether an immediate declaration would endanger the public or otherwise imperil the rule of law (para. 167). Even more remarkably, in *Carter*, the Court gave *no* reasons for suspending its declaration of invalidity (para. 128).

[230] Autrement dit, notre Cour a prononcé des suspensions de l’effet de déclarations d’invalidité — allant même jusqu’à *prolonger* ces suspensions — sur la base de fondements constitutionnels ou jurisprudentiels ténus. Ainsi, dans les arrêts *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, et *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, la Cour a avancé des raisons laconiques pour justifier la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Dans *Bedford*, la Cour a suspendu l’effet de la déclaration d’invalidité en évoquant l’idée nébuleuse suivant laquelle le fait de ne pas encadrer la prostitution « susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens » tout en reconnaissant qu’« [i]l peut y avoir controverse » quant à savoir si une déclaration d’invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit (par. 167). Fait encore plus remarquable, dans l’arrêt *Carter*, la Cour *n’a pas* motivé sa décision de suspendre l’effet de sa déclaration d’invalidité (par. 128).

[231] The result is that the Court’s use of suspended declarations has become wholly detached from the principled foundations stated in *Manitoba Reference* that animated the existence of what was supposed to be considered a measure of last resort. Today, that remedy has become the norm, rather than the exception. We do not take our colleague as disagreeing with this proposition. But her solution presupposes that there were *some other* principles quietly at work in the cases. With respect, we are not remotely convinced that this is so.

[231] En conséquence, le recours par la Cour à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité n’est plus fondé sur les principes qui avaient été énoncés dans le *Renvoi relatif au Manitoba* et qui justifiaient l’existence d’un moyen qui n’était censé servir qu’en dernier ressort. De nos jours, cette réparation est devenue la règle plutôt que l’exception. Nous ne pensons pas que notre collègue soit en désaccord avec cette proposition. Mais sa solution présuppose que *d’autres* principes ont pu aussi jouer discrètement un rôle dans la jurisprudence. En toute déférence, nous ne sommes absolument pas convaincus que ce soit le cas.

[232] Nor do we agree with our colleague that *Schachter* is the vaccine. Indeed, it is the germ. Prior to *Schachter* (but after *Manitoba Reference*), this Court assumed “that laws inconsistent with the new Charter should be declared invalid immediately [and, in the process,] affirmed the primacy and inviolability of the rights and freedoms entrenched in the Charter” (Ryder, at p. 268). After *Schachter*, however, this Court’s posture changed. Statistics bear this out: by our count, out of the 44 times this Court has declared a law invalid for unconstitutionality since *Schachter*, it has suspended that declaration 23 times (that is, 52 percent of the time).¹² And those numbers have been trending upwards: between 2003 and 2015, that number rose to 74 percent of declarations (see also Ryder, at p. 272; Hoole, at p. 114;

[232] Nous ne sommes pas non plus d’accord avec notre collègue pour dire que l’arrêt *Schachter* est le vaccin. En fait, c’est plutôt le germe. Avant l’arrêt *Schachter* (mais après le *Renvoi relatif au Manitoba*), notre Cour tenait pour acquis [TRADUCTION] « que l’invalidité des lois déclarées incompatibles avec la nouvelle *Charte* devrait prendre effet sur-le-champ [et, ce faisant,] elle confirmait la primauté et l’invio- labilité des droits et libertés consacrés par la *Charte* » (Ryder, p. 268). Mais, depuis l’arrêt *Schachter*, notre Cour a changé son fusil d’épaule, comme le confirment les statistiques : d’après nos calculs, sur les 44 fois où elle a déclaré une loi invalide pour cause d’inconstitutionnalité depuis l’arrêt *Schachter*, notre Cour a suspendu l’effet de cette déclaration à 23 reprises (c’est-à-dire 52 p. 100 du temps)¹².

¹² The total number of 44 is current to the beginning of this year. It excludes cases involving mandatory minimums (which, by their nature, must be struck down immediately: Karakatsanis J.’s reasons, at para. 114) and those cases where the Court rectified the constitutional flaw through a tailored remedy, such as severance or reading in. The cases included in this number are as follows (cases with suspended declarations are in bold): *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 73; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paras. 3 and 5; *R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 103; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 103; *R. v. Smith*, 2015 SCC 34, [2015] 2 S.C.R. 602, at paras. 30-32; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at paras. 154 and 158; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 128; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, at paras. 88-89; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 166-69; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 41; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at paras. 100-103; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at paras. 89-91; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 95; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 168; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 140; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 121; *Chaoulli v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paras. 56-60; *Figuerroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 93; *Nova Scotia (Workers’ Compensation*

¹² Le total de 44 a été atteint au début de cette année, et ce chiffre ne tient pas compte des cas portant sur des dispositions qui pres- crivent des peines minimales obligatoires (lesquelles, de par leur nature, doivent être invalidées sur-le-champ : motifs de la juge Karakatsanis, par. 114) et des affaires dans lesquelles la Cour a corrigé le vice constitutionnel grâce à une réparation adaptée telle la dissociation ou l’interprétation large. Les décisions citées dans ces chiffres sont les suivantes (les arrêts dans lesquels la Cour a suspendu l’effet de sa déclaration d’invalidité sont en caractères gras) : *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 73; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 3 et 5; *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 103; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 103; *R. c. Smith*, 2015 CSC 34, [2015] 2 R.C.S. 602, par. 30-32; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 154 et 158; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 128; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, par. 88-89; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 166-169; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’ali- mentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 41; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 100-103; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 46; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiants et étudiantes — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 89-91; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 95; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 1 R.C.S. 391, par. 168; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 140; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 121; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 56-60;

J. B. Kelly, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent* (2005), at p. 175). The smallest inconvenience associated with an immediate declaration, and circumstances that pale in comparison to the grave situation the Court faced in *Manitoba Reference*, will now lead the Court to temporarily suspend the operation of the *Charter*.

[233] This slippage is due to a move away from the principle stated in *Manitoba Reference*. *Schachter* shifted the considerations that can justify a suspended declaration away from the rule of law to “the effect of an immediate declaration on the public” (p. 715; see also pp. 716-17). Further, *Schachter* expressly recognized two additional circumstances in which a suspended declaration of invalidity could issue: threats to public safety and under-inclusive legislation (p. 715). It also made clear (as our colleague

Et la tendance est à la hausse : entre 2003 et 2015, ce chiffre a augmenté à 74 p. 100 (voir également Ryder, p. 272; Hoole, p. 114; J. B. Kelly, *Governing with the Charter : Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent* (2005), p. 175). Le moindre inconvénient associé à une déclaration avec effet immédiat, ainsi que des circonstances qui n’ont rien en commun avec la grave situation à laquelle la Cour était confrontée dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, conduisent désormais la Cour à suspendre temporairement l’application de la *Charte*.

[233] Ce dérapage est attribuable à l’abandon du principe énoncé dans le *Renvoi sur le Manitoba*. L’arrêt *Schachter* a délaissé les facteurs justifiant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité qui étaient fondés sur la primauté du droit au profit de considérations relatives à « l’effet d’une déclaration d’invalidité sur le public » (p. 715; voir aussi p. 716-717). Dans l’arrêt *Schachter*, la Cour a aussi expressément reconnu deux autres situations dans lesquelles on pouvait suspendre l’effet d’une

Board) v. *Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 119; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paras. 43 and 46; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 77; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 3 S.C.R. 472, at paras. 32 and 34; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 47-48; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 66; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 1, 55 and 101; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paras. 105 and 159; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 24 and 118; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paras. 136-45; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 131; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 86; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paras. 103-5; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 292; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 176-77; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 803-4; *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, at pp. 439-40; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at p. 1108; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at pp. 453-55; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 778.

Figueroa c. Canada (Procureur général), 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 93; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 119; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 43 et 46; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 77; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 3 R.C.S. 472, par. 32 et 34; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 64; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 47-48; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 66; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 1, 55 et 101; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 105 et 159; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 24 et 118; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 136-145; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 131; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 86; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, par. 103-105; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 292; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 176-177; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803-804; *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, p. 439-440; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, p. 1108; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 453-455; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 778.

does with her reasons) that these categories are not exhaustive (p. 719). Additionally, *Schachter* explicitly *required* courts to consider whether a suspended declaration should issue in each case (pp. 715 and 717).

[234] Unsurprisingly, after *Schachter* courts began to find other reasons for issuing suspended declarations, one of which became this Court's primary justification for suspending a declaration: affording the legislature the time it needs to craft a response and choose between *Charter*-compliant regimes (e.g. *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 96; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 66; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 79; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472, at para. 32). But this justification strikes us as irrelevant. The judiciary's choice between an immediate and suspended declaration has no impact on the range of constitutional options open to a legislature in the aftermath of a successful *Charter* challenge. As Professor Ryder explains:

A key flaw [in the Court's] line of reasoning is that suspended declarations do not in fact offer anything to the legislature that it does not already have. By emphasizing the role of suspended declarations in fostering legislative choice, and dialogue with affected groups, the Court seems to be suggesting that suspensions have the effect of enlarging a legislature's range of choices and consultative possibilities. But this is not necessarily the case. Whether the operation of a declaration of invalidity is immediate or delayed, a legislature faces the exact same range of constitutional possibilities. It is free to disagree with the legal regime that follows upon a Court's choice of an immediate declaration of invalidity and substitute some other constitutional option. It is also free to consult as widely as

déclaration d'invalidité : lorsque la sécurité du public est menacée ou qu'une loi a une portée trop limitative (p. 715). Elle a également bien précisé (comme notre collègue le fait dans ses motifs) que ces catégories ne sont pas exhaustives (p. 719). De plus, l'arrêt *Schachter* a explicitement *obligé* les tribunaux à se demander dans chaque cas s'il y a lieu de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité (p. 715 et 717).

[234] Il n'est pas étonnant qu'après l'arrêt *Schachter*, les tribunaux aient commencé à trouver d'autres raisons pour justifier la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité, dont l'une est devenue la principale justification invoquée par notre Cour pour en suspendre l'effet d'une déclaration : donner au législateur le temps dont il a besoin pour élaborer une réponse et choisir parmi des régimes conformes à la *Charte* (p. ex., *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 96; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 66; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 79; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 32). Mais cette justification nous semble non pertinente. Le choix qui s'offre au juge entre une déclaration avec effet immédiat et une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité n'a aucune incidence sur la gamme d'options constitutionnelles dont dispose le législateur lorsqu'une disposition législative a été contestée avec succès sur le fondement de la *Charte*. Comme l'explique le professeur Ryder :

[TRADUCTION] L'une des principales failles du raisonnement [de la Cour] réside dans le fait que la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité n'offre en réalité rien de plus au législateur que ce dont il dispose déjà. En insistant sur le rôle positif que joue la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité sur les choix qui s'offrent au législateur et sur le dialogue avec les groupes touchés, la Cour semble laisser entendre que la suspension a pour effet d'élargir l'éventail de choix dont dispose le législateur et d'offrir de plus grandes possibilités de consultation. Mais ce n'est pas nécessairement le cas. Peu importe que l'effet de la déclaration d'invalidité soit immédiat ou différé, le législateur dispose d'exactly la même gamme d'options sur le plan constitutionnel. Le législateur est

it wishes in the design of a new Charter-compliant legal regime. [p. 281]

(See also p. 285.)

[235] Respectfully, the proper response to this rampant misuse of suspended declarations is not, as our colleague proposes, to expand the *Schachter* categories in reliance on newly divined “remedial principles” and “recurring touchstones” (paras. 82 and 153). In practice, this will result in a measure of broad discretion that is anomalous in a legal regime committed to the rule of law and the protection of rights. *Schachter*’s discretion bred inconsistent and unprincipled results, and we see no reason to believe our colleague’s appeal to a “broader [constitutional] architecture” (para. 158) will be any different. Rather, the more appropriate response is to return our focus to the Constitution, and particularly its founding principle of the rule of law, in order to ensure the proper vindication of *Charter* rights and carefully circumscribe the situations in which a suspended declaration can issue.

B. *The Constitution*

- (1) Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and Section 33(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[236] Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides the following:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

libre de ne pas être d’accord avec le régime juridique qui s’applique lorsque le tribunal a choisi de prononcer une déclaration d’invalidité avec effet immédiat et il peut lui substituer une autre option constitutionnelle. Il lui est aussi loisible de mener les consultations aussi vastes qu’il le souhaite en vue de concevoir un nouveau régime juridique conforme à la *Charte*. [p. 281]

(Voir également p. 285.)

[235] Avec égards, la réponse appropriée à la généralisation abusive de la mesure consistant à suspendre l’effet des déclarations d’invalidité n’est pas, comme notre collègue le propose, d’élargir la portée des catégories définies dans l’arrêt *Schachter* en s’appuyant sur des « principes en matière de réparation » et à des « pierres de touche » nouvellement imaginés (par. 82 et 153). En pratique, cette solution aurait pour effet d’accorder aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d’une telle ampleur qu’il ne pourrait cadrer avec un régime juridique voué à la primauté du droit et à la protection des droits. Le pouvoir discrétionnaire proposé dans l’arrêt *Schachter* a favorisé le prononcé de décisions incohérentes et non fondées sur des principes, et nous ne voyons aucune raison de penser que le recours préconisé par notre collègue à une « architecture [constitutionnelle] générale » (par. 158) produirait des résultats différents. La réponse la plus appropriée consiste plutôt à recadrer notre attention sur la Constitution, et en particulier sur son principe de base, celui de la primauté du droit, pour s’assurer de bien défendre les droits consacrés par la *Charte* et de délimiter avec soin les situations dans lesquelles le tribunal peut suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité.

B. *La Constitution*

- (1) Paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et paragraphe 33(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

[236] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[237] The text could not be clearer: its use of the present tense “is” contemplates, by definition, only *immediate* declarations of invalidity. Indeed, on “a plain reading of this provision, the invalidation of any law found to be ultra vires the Constitution should be immediate” (B. Bird, “The Judicial Notwithstanding Clause: Suspended Declarations of Invalidity” (2019), 42 *Man. L.J.* 23, at p. 32, citing Hoole, at p. 110; see also pp. 34-36). In other words, suspended declarations are, by their nature, “in tension with the clear words of s. 52(1) that contemplate that unconstitutional legislation is of no force and effect” (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at §14.1540).

[238] To be sure, once it is found that a statute is inconsistent with the Constitution, “consequences for that legislation flow directly from the Constitution’s status as supreme law” (Leckey, “Remedial”, at p. 30): courts have “not only the power, but the duty, to regard the inconsistent statute . . . as being no longer ‘of force or effect’” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 353 (emphasis added)). While we commonly refer to a court “striking down” a law, in reality, “the law has failed by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*”, because s. 52(1) “confers no discretion on judges” (*R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 35). It is a “provision that suggests that declarations of invalidity can only be given immediate effect” (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 99 (emphasis added)).

[239] Unlike the constitutions of other countries, such as the *Constitution of the Republic of South Africa*, at s. 172(1)(b),¹³ nothing in the text of our Constitution expressly empowers Canadian courts to issue suspended declarations. (And even

[237] Le texte ne pourrait être plus clair : l’emploi du présent de l’indicatif « *rend* » démontre qu’il n’envisage, par définition, que les déclarations d’invalidité *avec effet immédiat*. D’ailleurs, [TRADUCTION] « il ressort du texte même de cette disposition que l’invalidation de toute disposition jugée constitutionnellement *ultra vires* doit être immédiate » (B. Bird, « The Judicial Notwithstanding Clause : Suspended Declarations of Invalidity » (2019), 42 *Man. L.J.* 23, p. 32, citant Hoole, p. 110; voir aussi p. 34-36). En d’autres termes, les suspensions de l’effet de déclarations d’invalidité sont, de par leur nature, [TRADUCTION] « irrécconciliables avec le libellé du par. 52(1), qui prévoit dans les termes les plus nets que les lois inconstitutionnelles sont inopérantes » (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), §14.1540).

[238] Certes, dès lors qu’une loi est jugée incompatible avec la Constitution, [TRADUCTION] « son sort dépend directement du fait que la Constitution est la loi suprême du Canada » (Leckey, « Remedial », p. 30). Les tribunaux ont « non seulement le pouvoir, mais encore l’obligation de considérer comme “inopérantes” les dispositions incompatibles de cette loi » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 353 (nous soulignons)). Même si on dit généralement que le tribunal « invalide » une loi, en réalité, le tribunal la déclare « inopérante par application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » parce que le par. 52(1) « ne confère aucun pouvoir discrétionnaire aux juges » (*R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 35). Cette « disposition [. . .] semble indiquer que toute déclaration d’invalidité ne peut avoir qu’un effet *immédiat* » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 99 (nous soulignons)).

[239] Contrairement aux constitutions d’autres pays, comme la *Constitution of the Republic of South Africa*, à l’al. 172(1)(b)¹³, rien dans le texte de notre Constitution n’habilite expressément les tribunaux canadiens à suspendre l’effet de déclarations

¹³ See also: *Scotland Act, 1998* (U.K.), 1998, c. 46, at ss. 102(2)-102(3).

¹³ Voir également la *Scotland Act, 1998* (R.-U.), 1998, c. 46, par. 102(2)-102(3).

in South Africa, suspended declarations are rare, as the “general assumption” is that the Constitutional Court of South Africa will issue an immediate declaration (Leckey, “Remedial”, at p. 20)). The framers of our Constitution could easily have suggested such a power by including the words “will be . . . of no force or effect” (and indeed, this is how this Court has been reading s. 52(1) in the wake of *Schachter*). Instead, the Constitution limits the role of courts to declaring a law “is of no force or effect”. Therefore, when exercising such a *judicially created* power to suspend a declaration of invalidity, this Court must be judicious, measured and principled. We stress “judicially created” for a reason, which also goes to the need for restraint: while our Constitution does not expressly permit *courts* to suspend a declaration of invalidity, it *does* provide a means for *Parliament and legislatures* to do so in certain cases under s. 33(1). In other words, by keeping on life support a law that has been struck down for unconstitutionality, a court is effectively stepping into a role assigned by the Constitution *to the legislative branch* and, indeed, *is legislating*. As Bird persuasively explains:

. . . where the Constitution assigns a specific power to a branch of government, th[e] principle of exclusivity applies. It is intuitive to say that a function expressly assigned to one branch of government by the Constitution must not be performed by another branch. . . .

This, I submit, is the case with suspended declarations of invalidity In the Canadian Constitution, the only branch of government that is expressly permitted to give life to an unconstitutional law is the legislature by way of the “notwithstanding clause”. [pp. 43-44]

[240] Indeed, s. 33(1) suggests that, in cases to which it applies, *legislatures*, and *not courts*, are best

d’invalidité. (Et, même en Afrique du Sud, la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité est rarement utilisée, étant donné que [TRADUCTION] « l’on part du principe général » que la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud prononcera une déclaration avec effet immédiat (Leckey, « Remedial », p. 20)). Les rédacteurs de notre Constitution auraient aisément pu envisager un tel pouvoir en indiquant que « les dispositions incompatibles seront inopérantes » (c’est d’ailleurs l’interprétation que notre Cour donne au par. 52(1) dans la foulée de l’arrêt *Schachter*). Au lieu de cela, la Constitution limite le rôle des tribunaux à déclarer que la Constitution « rend inopérantes » les dispositions incompatibles. Ainsi, lorsqu’elle exerce un tel pouvoir *d’origine prétorienne* pour suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité, notre Cour doit faire preuve de discernement et de circonspection et se fonder sur des principes. Nous insistons sur les mots « d’origine prétorienne » pour une raison qui tient également à la nécessité de faire preuve de retenue : bien que notre Constitution ne permette pas expressément aux *tribunaux* de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité, elle offre *effectivement* au *Parlement et aux législatures provinciales* la possibilité de le faire dans certains cas prévus au par. 33(1). En d’autres termes, en maintenant artificiellement en vie une loi qui a été invalidée pour cause d’inconstitutionnalité, le tribunal s’arroge en fait un rôle que la Constitution a confié *au pouvoir législatif* : en fait, en agissant de la sorte, le tribunal *légifère*. Ainsi que Bird l’explique de façon convaincante :

[TRADUCTION] . . . le principe de l’exclusivité s’applique lorsque la Constitution d’un pays confère un pouvoir spécifique à un organe du gouvernement. Il va de soi que le pouvoir que la Constitution attribue à un organe du gouvernement ne doit pas être exercé par un autre organe. . .

C’est selon moi ce qui arrive avec la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité [. . .] Selon la Constitution canadienne, le seul organe du gouvernement qui est expressément habilité à valider une loi inconstitutionnelle est le législateur, par le biais de la « clause dérogatoire ». [p. 43-44]

[240] D’ailleurs, le par. 33(1) suggère que, dans les cas auxquels il s’applique, c’est *le législateur*, et *non*

positioned to know when a suspended declaration is desirable and if so, for how long (see D. Newman, “Canada’s Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities”, in G. Sigalet, G. Webber and R. Dixon, eds., *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions* (2019), 209, at pp. 230-31). This, in fact, is a primary purpose of s. 33(1): to allow a legislature to consider the impact of a court’s decision on considerations “in respect of which only the legislature has institutional capacity” (Newman, at p. 218 (see also p. 224); see also Hon. A. E. Blakeney, “The Notwithstanding Clause, the *Charter*, and Canada’s Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing” (2010), 19 *Const. Forum* 1, at p. 5; J. D. Whyte, “Sometimes Constitutions are Made in the Streets: The Future of the *Charter*’s Notwithstanding Clause” (2007), 16 *Const. Forum* 79, at p. 83; P. H. Russell, “Standing Up for Notwithstanding” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293, at pp. 308-9; P. C. Weiler, “Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version” (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51, at p. 86).

[241] At bottom, s. 33(1) is a “factor that should serve to constrain the use of the suspended declaration” (E. Macfarlane, “Dialogue, Remedies, and Positive Rights: *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms*” (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107, at p. 120). Our colleague says in response that a “court cannot shirk its responsibility to remedy constitutional violations simply because [of] s. 33” (para. 137). With respect, this misses our point. We agree that a court must remedy constitutional violations. Our point is that s. 33(1) militates against *her* position that courts have broad discretion to *delay* remedying such violations. Instead, “[c]ourts should respect the entire constitutional structure, including the possibility of using the override when exercising remedial discretion” (Roach, *Constitutional Remedies*, at §14.1450 (emphasis added)). All this fortifies our view that, so as not to engorge or strain the judicial function, court-ordered suspended

le tribunal, qui est le mieux placé pour savoir dans quels cas il est souhaitable de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité et, le cas échéant, pour combien de temps (voir D. Newman, « Canada’s Notwithstanding Clause, Dialogue and Constitutional Identities », dans G. Sigalet, G. Webber et R. Dixon, dir., *Constitutional Dialogue : Rights, Democracy, Institutions* (2019), 209, p. 230-231). Il s’agit en fait d’un des principaux objectifs du par. 33(1) : permettre au législateur de tenir compte de l’incidence d’une décision du tribunal sur les facteurs [TRADUCTION] « à l’égard desquels seul le législateur a une capacité institutionnelle » (Newman, p. 218 (voir également p. 224); voir également l’hon. A. E. Blakeney, « The Notwithstanding Clause, the *Charter*, and Canada’s Patriated Constitution : What I Thought We Were Doing » (2010), 19 *Forum Const.* 1, p. 5; J. D. Whyte, « Sometimes Constitutions are Made in the Streets : The Future of the *Charter*’s Notwithstanding Clause » (2007), 16 *Forum Const.* 79, p. 83; P. H. Russell, « Standing Up for Notwithstanding » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 293, p. 308-309; P. C. Weiler, « Rights and Judges in a Democracy : A New Canadian Version » (1984), 18 *U. Mich. J.L. Ref.* 51, p. 86).

[241] Au fond, le par. 33(1) est [TRADUCTION] « un facteur qui devrait contribuer à limiter le recours à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité » (E. Macfarlane, « Dialogue, Remedies, and Positive Rights : *Carter v. Canada* as a Microcosm for Past and Future Issues Under the *Charter of Rights and Freedoms* » (2017), 49 *Ottawa L. Rev.* 107, p. 120). Notre collègue répond que « [l]e tribunal ne peut se dérober à sa responsabilité d’accorder une réparation en cas de violation de la Constitution simplement [à cause de] l’art. 33 » (par. 137). Avec égards, cette réponse ignore l’argument que nous soulevons. Nous sommes d’accord pour dire qu’un tribunal doit remédier aux atteintes portées à la Constitution. Ce que nous disons, c’est que le par. 33(1) milite contre l’argument *de notre collègue* suivant lequel les tribunaux disposent d’un large pouvoir discrétionnaire qui leur permet de *différer* l’effet de la réparation apportée à ces atteintes. Au lieu de cela, [TRADUCTION] « [l]es tribunaux devraient respecter intégralement la

declarations ought to be confined to addressing threats to the rule of law.

(2) Rule of Law

[242] Given that s. 52(1) does not expressly allow for suspended declarations, a court's authority to suspend must be found elsewhere in the Constitution. In particular, suspended declarations should be grounded not in appeals to abstruse "broader constitutional considerations" or to a heretofore undiscovered ancillary power to a court's "inherent jurisdiction" to declare legislation invalid (Karakatsanis J.'s reasons, at paras. 121 and 85), but in the constitutional principle of the rule of law. The rule of law has long been considered "a fundamental postulate of our constitutional structure" (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142, per Rand J.). This is evidenced by its invocation in the single-sentence preamble to the *Charter*: "Canada is founded upon principles that recognize . . . the rule of law". The rule of law is proclaimed by our written constitution to be the "very foundation" on which our country, and its *Charter*, rest (*B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 229). It occupies hallowed ground as the "root of our system of government" and a "vital . . . assumptio[n]" on which our Constitution is based (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 ("*Secession Reference*"), at paras. 70 and 49).

[243] The centrality of the rule of law to our constitutional order is what led to the creation of suspended declarations in *Manitoba Reference* in the first place. Rights under the *Charter* may be temporarily judicially displaced only where necessary "to

structure constitutionnelle, y compris la possibilité de recourir à la disposition dérogatoire lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire de réparation » (Roach, *Constitutional Remedies*, § 14.1450 (nous soulignons)). Tout cela nous conforte dans notre idée que, pour éviter d'être engorgés ou surchargés, les tribunaux ne devraient suspendre l'effet des déclarations d'invalidité que lorsque la primauté du droit est compromise.

(2) La primauté du droit

[242] Étant donné que le par. 52(1) n'autorise pas expressément les tribunaux à suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité, il faut chercher ce pouvoir ailleurs dans la Constitution. En particulier, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas reposer sur d'obscures « considérations constitutionnelles générales » ou sur un pouvoir accessoire, jamais encore découvert, à la « compétence [. . .] inhérente » des tribunaux pour déclarer une loi invalide (motifs de la juge Karakatsanis, par. 121 et 85), mais plutôt sur le principe constitutionnel de la primauté du droit. La primauté du droit est depuis longtemps reconnue comme [TRADUCTION] « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 142, le juge Rand), comme en témoigne le fait que ce principe est énoncé dans le préambule de la *Charte*, qui se résume à une seule phrase : « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [. . .] la primauté du droit ». Notre constitution écrite déclare que la primauté du droit constitue le « fondement même » sur lequel reposent notre pays et sa *Charte* (*B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 229). Elle constitue un principe consacré « à la base de notre système de gouvernement » et est l'une des « prémisses » sur lesquelles est fondée notre Constitution (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* ») par. 70 et 49).

[243] Le rôle crucial que joue la primauté du droit dans notre ordre constitutionnel est précisément ce qui a motivé au départ l'instauration du mécanisme de la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité dans le *Renvoi relatif au Manitoba*. Les

preserve the rule of law” (p. 763) and to ensure its “continuity” (p. 753). By relying on the protection of the rule of law as the justification for suspended declarations, courts are able to “recognize [both] the unconstitutionality of [the impugned] laws and the Legislature’s duty to comply with the ‘supreme law’ of this country” while upholding the Constitution (*Manitoba Reference*, at p. 753; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169). Indeed, just as much as it is the Court’s role to safeguard the rights guaranteed in the *Charter* (*Hunter v. Southam*, at p. 169), it is also the Court’s responsibility to ensure that the rule of law is not “transgress[ed]” (*Manitoba Reference*, at p. 753). Where an immediate declaration would transgress the rule of law, the Court would be “abdicat[ing]” its role as “protector and preserver of the Constitution” (p. 753) to allow such a state of affairs to arise. In such instances, then, the Court is not fulfilling an impermissible legislative role as it otherwise would be by granting a suspended declaration, but an assuredly *judicial* role. This is not a novel interpretation, but simply the circumspect guidance that the Court in *Manitoba Reference* offered when recognizing this extraordinary judicial remedy.

[244] There is no basis in our Constitution for this Court to have departed from this guidance. Our colleague can point to no other part of our written Constitution that could ground a court-ordered temporary suspension of *Charter* rights, and fails to identify a single case that shows why limiting suspended declarations to threats to the rule of law is unworkable, relative to the medley of “underlying”, “competing”, “general”, “countervailing” constitutional or remedial “principles” and “touchstones” to which she points (paras. 89, 92, 102, 126, 131-32 and 153). In this regard, we find the extra-judicial commentary of Justice Scalia apt:

tribunaux ne sont autorisés à écarter temporairement les droits reconnus par la *Charte* que lorsque cela est nécessaire « afin de préserver la primauté du droit » (p. 763) et pour en assurer le « maintien » (p. 753). En invoquant la protection de la primauté du droit pour justifier la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité, les tribunaux sont en mesure de « reconnaître [à la fois] l’inconstitutionnalité des [lois contestées] et le devoir de la Législature de se conformer à la “loi suprême” de notre pays » tout en faisant respecter la Constitution (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 753; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169). D’ailleurs, tout comme il lui appartient de protéger les droits garantis par la *Charte* (*Hunter c. Southam*, p. 169), il incombe également à la Cour de s’assurer que l’on ne « manqu[e] » pas au principe de la primauté du droit (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 753). Si une déclaration avec effet immédiat avait pour effet de manquer au principe de la primauté du droit, la Cour « renoncerait » à ses fonctions « de protectrice et de gardienne de la Constitution » (p. 753) en permettant à une telle situation de survenir. Ainsi donc, en pareil cas, la Cour n’exerce pas de façon illégitime un rôle législatif, comme elle le ferait autrement en suspendant l’effet d’une déclaration d’invalidité, mais bien un rôle *judiciaire*. Cette interprétation n’est pas nouvelle; elle ne fait que reprendre l’orientation prudente donnée par la Cour dans le *Renvoi relatif au Manitoba* lorsqu’elle a reconnu cette mesure judiciaire extraordinaire.

[244] Rien dans notre Constitution ne justifie notre Cour de s’écarter de cette orientation. Notre collègue ne peut citer aucune autre disposition de notre Constitution écrite qui pourrait justifier un tribunal d’ordonner la suspension temporaire de droits garantis par la *Charte*, et elle ne cite pas une seule décision qui démontrerait en quoi il est irréaliste de limiter la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité aux seules situations dans lesquelles la primauté du droit est compromise, tout comme les divers « principes » constitutionnels et « pierres de touche » « sous-jacents », « contradictoires », « généraux », « faisant contrepoids » auxquels elle réfère sont irréalistes (par. 89, 92, 102, 126, 131-132 et 153). À ce propos, nous trouvons pertinents les propos suivants du juge Scalia, tenus hors du prétoire :

... we should recognize that, at the point where an appellate judge says that the remaining issue must be decided on the basis of the totality of the circumstances, or by a balancing of all the factors involved, he begins to resemble a finder of fact more than a determiner of law. To reach such a stage is, in a way, a regrettable concession of defeat — an acknowledgment that we have passed the point where “law,” properly speaking, has any further application. And to reiterate the unfortunate practical consequences of reaching such a pass when there still remains a good deal of judgment to be applied: equality of treatment is difficult to demonstrate and, in a multi-tiered judicial system, impossible to achieve; predictability is destroyed; judicial arbitrariness is facilitated; judicial courage is impaired.

I stand with Aristotle, then — which is a pretty good place to stand — in the view that “personal rule, whether it be exercised by a single person or a body of persons, should be sovereign only in those matters on which law is unable, owing to the difficulty of framing general rules for all contingencies, to make an exact pronouncement.” [Emphasis added; footnote omitted.]

(A. Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules” (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175, at p. 1182)

Our Constitution makes an exact pronouncement on the matter of suspended declarations: they are exceptional. Immediate declarations must be the norm, absent a rule of law concern. There is no need to go further.

[245] It is worthwhile to describe a few instances where an impending threat to the rule of law warrants a suspended declaration. The prototypical instance of a threat to the rule of law is an existential one, as in *Manitoba Reference*. There, as noted above, the Court was concerned with “a legal vacuum” and that the “constitutional guarantee of rule of law [could] not tolerate such chaos and anarchy” (pp. 747, 753 and 758).

[TRADUCTION] ... il convient de reconnaître que, dès lors qu’il affirme que la question restante doit être tranchée au vu de l’ensemble des faits ou en pondérant tous les facteurs en jeu, le juge d’appel commence à ressembler davantage à un juge des faits qu’à un juge du droit. Le fait d’en arriver là représente jusqu’à un certain point un regrettable aveu d’impuissance, un constat qu’une limite a été franchie au-delà de laquelle le « droit », à proprement parler, ne trouve plus application. Il convient aussi de rappeler les conséquences pratiques malheureuses de cette démarche alors qu’il reste encore beaucoup de questions à trancher : il devient alors difficile de démontrer que le principe de l’égalité de traitement a été respecté et, dans un système judiciaire à plusieurs niveaux, impossible d’en assurer le respect; on réduit à néant la prévisibilité; on favorise l’arbitraire dans les décisions judiciaires et on freine l’audace chez les juges.

Je partage donc l’avis d’Aristote — qui est assez juste — selon qui « la règle personnelle, qu’elle soit exercée par une seule personne ou par un ensemble de personnes, ne devrait être souveraine que dans les matières sur lesquelles le droit est incapable, en raison de la difficulté d’élaborer des règles générales pour toutes les éventualités, de se prononcer de façon précise. » [Nous soulignons; note de bas de page omise.]

(A. Scalia, « The Rule of Law as a Law of Rules » (1989), 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175, p. 1182)

Notre Constitution se prononce de façon précise sur la question de la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité : c’est une mesure exceptionnelle. Les déclarations avec effet immédiat doivent être la norme, sauf s’il y a lieu de s’inquiéter pour la primauté du droit. Il n’est pas nécessaire de pousser l’analyse plus loin.

[245] Il vaut la peine de citer quelques cas dans lesquels une menace imminente à la primauté du droit justifie la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. L’exemple classique de danger qui guette la primauté du droit est celui de la menace existentielle, comme dans le *Renvoi relatif au Manitoba*. Comme nous l’avons déjà signalé, craignant un « vide juridique », la Cour a déclaré dans cet arrêt que « la garantie constitutionnelle de la primauté du droit ne [saurait] tolér[e]r un tel chaos ou une telle anarchie » (p. 747, 753 et 758).

[246] There is, however, a second form of threat to the rule of law that may give rise to a suspended declaration of invalidity: a threat to public safety. As explained in *Manitoba Reference*, a tenet of the rule of law is that a state's people should not "be allowed to perish for the sake of the constitution; on the contrary, a constitution should exist for the preservation of the State and the welfare of the people" (p. 766, citing *Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195, at p. 237 (emphasis deleted)). In other words, the rule of law requires that this Court ensure an "order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order" (p. 749). Normative order is lost where public safety is put at risk. Indeed, "[l]aw and order are indispensable elements of civilized life" (p. 749) and the rule of law has long implied "the existence of public order" (W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed. 1959), at p. 43, cited in *Manitoba Reference*, at p. 749). The rule of law "vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society" (*Secession Reference*, at para. 70). Maintaining public safety, in this sense at least, is therefore an instance of preserving the rule of law.

[247] Our colleague, following *Schachter*, lists "underinclusive" benefits or legislation as one of her *non-exhaustive* categories qualifying for suspension (paras. 118 and 124). She pronounces, without citing any authority in support, that the categories "reflect constitutionally grounded considerations", which are said (again, without citing to any authority) to include "recognizing the public's interest in legislation passed for its benefit" (para. 124). There is, in our respectful view, no legal rule, and certainly no constitutional principle or the even more amorphous "constitutionally grounded considerations", to support under-inclusiveness as a category qualifying for suspension.

[248] With great respect, the creation of this category in *Schachter* was ill-conceived, inconsistent

[246] Il existe cependant un autre type de menace à la primauté du droit qui peut justifier la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité, en l'occurrence une menace à la sécurité publique. Comme la Cour l'a expliqué dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, un précepte fondamental de la primauté du droit veut qu'on ne doive pas « laisse[r] périr l'État et le peuple par égard pour la constitution; au contraire, une constitution doit exister pour la préservation de l'État et le bien-être du peuple » (p. 766, citant *Attorney General of the Republic c. Mustafa Ibrahim*, [1964] Cyprus Law Reports 195, p. 237 (soulignement omis)). En d'autres termes, la primauté du droit exige que notre Cour assure « un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif » (p. 749). L'ordre normatif en vient à disparaître lorsque la sécurité publique est compromise. D'ailleurs, « [l]'ordre public est un élément essentiel de la vie civilisée » (p. 749) et la primauté du droit est depuis longtemps indissociable de [TRADUCTION] « l'existence de l'ordre public » (W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* (5^e éd. 1959), p. 43, cité dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 749). La primauté du droit « assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 70). La préservation de la sécurité publique constitue donc, du moins en ce sens, un exemple de protection de la primauté du droit.

[247] S'inspirant de l'arrêt *Schachter*, notre collègue estime que les avantages ou la loi « trop limitatifs » font partie des catégories *non exhaustives* qui, selon elle, justifient une suspension (par. 118 et 124). Sans citer de source à l'appui, elle déclare que les catégories « tiennent [. . .] compte de considérations fondées sur la Constitution », lesquelles, affirme-t-on (là encore sans citer quelque source que ce soit), comprennent « la reconnaissance qu'il est dans l'intérêt du public que des lois soient adoptées pour son bénéfice » (par. 124). Il n'existe, à notre avis et respectueusement, aucune règle de droit et assurément aucun principe constitutionnel ni de « considérations fondées sur la Constitution » encore moins bien définies qui justifieraient la reconnaissance de la loi trop limitative comme catégorie emportant suspension.

[248] Avec égards, la création de cette catégorie dans l'arrêt *Schachter* était malavisée, dans la mesure

as it is with the strictures of *Manitoba Reference*. Further, even on its own terms, it cannot stand. According to *Schachter*, the impetus for recognizing under-inclusive benefits as a category that justifies suspending a declaration is the concern that “striking down the law immediately would deprive deserving persons of benefits” (p. 715; see also pp. 716 and 721). However, to the extent that a law is under-inclusive, the appropriate response is not to strike down the benefits for all because, in these rare situations, the “extent of the inconsistency” under s. 52(1) refers to the legislation’s *omission*, or failure to provide benefits to a certain group. The other aspects of the legislation will not have been declared unconstitutional and, as our colleague quite rightly observes, “[t]he public has an interest in preserving legislation duly enacted . . . to the extent it is not unconstitutional” (para. 156). Explained in another way, striking down benefits is only warranted where the benefits are *prohibited*, not where they are *under-inclusive*. *Schachter*’s apprehension of depriving benefits from deserving persons (which grounded the justification for suspension) then withers away. The more appropriate response in such cases is not suspension, but resort to the other tools in a court’s remedial toolbox, such as severance or reading in. Critically, a court can simply issue a declaration stating that the legislation is unconstitutional to the extent it does not extend benefits to a particular group and requiring that — after the government determines the best method for extending those benefits — the benefits be provided retroactively (e.g. *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at pp. 46-47). Clearly then, under-inclusive benefits can be remedied without “depriv[ing] deserving persons of benefits”, and there is therefore no corresponding need to suspend a declaration to avoid this state of affairs.

[249] But our colleague goes further, identifying *yet another* category, beyond those listed in *Schachter*, that could justify a suspended declaration.

où elle était incompatible avec les contraintes du *Renvoi relatif au Manitoba*. D’ailleurs, à sa face même, elle ne peut être confirmée. Selon l’arrêt *Schachter*, la reconnaissance d’avantages trop limitatifs en tant que catégorie justifiant la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité est motivée par la crainte que « l’annulation immédiate de la loi priv[e] des personnes admissibles de bénéfices » (p. 715; voir aussi p. 716 et 721). Toutefois, dans la mesure où une loi est de portée trop restrictive, la solution ne consiste pas à invalider ces avantages pour tous. Cela tient au fait que, dans ces situations inusitées, la « mesure de l’incompatibilité » dont il est question au par. 52(1) concerne l’*omission* ou le défaut du législateur d’accorder des avantages à un certain groupe. Les autres aspects de la loi n’auront pas été déclarés inconstitutionnels et, comme notre collègue le fait observer à juste titre, « [i]l est dans l’intérêt du public de conserver des lois qui ont été dûment adoptées [. . .] pourvu que ces lois ne soient pas inconstitutionnelles » (par. 156). Autrement dit, il ne convient d’invalider des avantages que lorsque ceux-ci sont *interdits*, et non lorsqu’ils sont *trop limitatifs*. La crainte exprimée dans *Schachter* de priver des personnes admissibles de bénéfices (sur laquelle se fonde la justification de la suspension) s’estompe. Il est préférable, en pareil cas, de ne pas suspendre l’effet de la déclaration d’invalidité, mais de recourir aux autres mesures de réparation qu’un tribunal peut accorder, telles que la dissociation ou l’interprétation large. Fait critique, le tribunal peut tout simplement prononcer une déclaration portant que la loi est inconstitutionnelle dans la mesure où elle refuse certains avantages à un groupe donné et ordonner que ces avantages soient accordés rétroactivement à ce groupe une fois que l’État aura décidé du meilleur moyen de les étendre (p. ex. *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 46-47). À l’évidence, il est possible de remédier aux avantages limitatifs sans « prive[r] des personnes admissibles de bénéfices », et il n’est donc pas nécessaire de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité afin d’éviter ce dénouement.

[249] Mais notre collègue va plus loin en proposant *encore une autre* catégorie, outre celles énumérées dans l’arrêt *Schachter*, qui pourrait selon elle justifier

A suspension should also be granted, we are told, when “an immediately effective declaration would have a limiting effect on the legislature’s ability to set policy” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 130 (emphasis added)). This category requires refinement. A mere “limiting effect” on policy-making, whatever that means, is surely insufficient to warrant the continued infringement of *Charter* rights. We say a suspended declaration is warranted only where it can be demonstrated that the immediate vesting of rights — and the concomitant gathering of reliance and expectation interests around the new legal regime, or the development of substantial administrative structures (Ryder, at pp. 281 and 285) — would preclude the government from creating or maintaining “an actual order of positive laws” to govern society (*Manitoba Reference*, at p. 749; see also *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982), at pp. 88-89). These cases will be extremely rare because, as we will explain below, the legislature is well equipped to respond promptly to immediate declarations of invalidity and to avoid the accrual of vested interests (for example, by invoking s. 33(1) where applicable or by enacting new or amended legislation).

[250] Without a tether to the rule of law, our colleague’s novel category, paired with her call to “respect . . . the role of the legislature” (para. 157), will, over time, allow the flawed rationale of deference to the convenience of the legislature — one of the central causes, if not *the* cause, of the unprincipled expansion of suspended declarations — to resurface. Indeed, her new category is practically indistinguishable from that rationale. If the history of suspended declarations that we have recounted is any indicator of future trends, governments and courts will frequently dodge the constitutional mandate of s. 52(1) by claiming that an immediate declaration has an ostensible “limiting effect” on (para. 130), or would “significantly impair” (paras. 129 and 139) or “undermine” (para. 157), the legislature’s ability to enact

la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité. Une suspension devrait également être prononcée, nous dit-on, lorsqu’« une déclaration d’invalidité avec effet immédiat limite la capacité du législateur à mettre en place des politiques » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 130 (nous soulignons)). Cette catégorie requiert des précisions. Il ne suffit certainement pas qu’une déclaration « limite » la capacité du législateur à mettre en place des politiques — quel que soit le sens de cette expression — pour justifier l’atteinte continue à des droits garantis par la *Charte*. À notre avis, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité n’est justifiée que lorsqu’on peut démontrer que la reconnaissance avec effet immédiat de droits — à laquelle se sont greffées de façon concomitante la confiance ou l’attente qui seraient ainsi reconnues par le nouveau régime juridique ou à la suite de l’élaboration de structures administratives complexes (Ryder, p. 281 et 285) — empêcherait l’État de créer et de maintenir « un ordre réel de droit positif » régissant la société (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 749, voir également *Northern Pipeline Construction Co. c. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982), p. 88-89). Ces situations sont rarissimes car, comme nous l’expliquerons plus loin, le législateur dispose des outils nécessaires pour réagir promptement aux déclarations d’invalidité avec effet immédiat et pour éviter que des droits soient acquis (en invoquant, par exemple, le par. 33(1), le cas échéant, ou en adoptant une nouvelle loi ou en modifiant une loi existante).

[250] Sans lien avec la primauté du droit, la nouvelle catégorie de notre collègue, conjuguée à son appel au « respect du rôle du législateur » (par. 157) permettra un retour en force graduel de la logique erronée de la déférence envers le bon plaisir du législateur — une des principales causes, sinon *la* cause, du recours arbitraire et de plus en plus généralisé à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité. D’ailleurs, la nouvelle catégorie qu’elle crée est pratiquement indissociable de cette logique. Si l’évolution de la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité que nous avons relatée est un indicateur des tendances qui se dessinent, les gouvernements et les tribunaux risquent de se dérober fréquemment à l’impératif constitutionnel du par. 52(1) en affirmant qu’une déclaration avec effet immédiat « limite »

its “preferred” (para. 176) scheme (e.g. *Guignard*, at paras. 23 and 29-31, and *Ryder*, at pp. 271-72, 286 and 288).

[251] While we appreciate our colleague’s efforts to strive to bring greater consistency and transparency to remedial decision making, we see her enunciation of various “core” or “fundamental” “touchstones” and “principles” as promoting uncertainty and unpredictability instead. Worse, their dubious status only exacerbates the obscurity. It is unclear whether these principles are constitutional, non-constitutional, or constitutive of a new hybrid category. Overall, it is difficult to know how to reconcile our colleague’s statement that “suspensions of declarations of invalidity should be rare” (para. 83) with the imprecision of her expanded principles and categories that justify their usage. There is, quite simply, no need to broaden the “narrow circumstances” in which a suspended declaration can issue (*contra* Karakatsanis J.’s reasons, at para. 132). Indeed, and as we explain below, there is good reason for *not* doing so, since it only risks unduly compromising the enforcement of rights.

[252] In sum, as we see the matter, a suspended declaration of invalidity may be constitutionally issued by a court only to counter a threat to the constitutional principle of the rule of law, which includes threats to public safety. And indeed, a suspended declaration *must* issue in such circumstances, because “[f]or the Court to allow such a situation to arise and fail to resolve it would be an abdication of its responsibility as protector and preserver of the Constitution” (*Manitoba Reference*, at p. 753).

C. *Lessons Learned Post-Schachter*

[253] Before applying the foregoing to the facts of this case, we add the following considerations that

(par. 130) ou « mine » (par. 157) la capacité du législateur d’adopter le régime « qu’il préfère » (par. 176) ou qu’elle « nuirait considérablement » (par. 129 et 139) à cette capacité (p. ex. *Guignard*, par. 23 et 29-31, et *Ryder*, p. 271-272, 286 et 288).

[251] Même si nous saluons les efforts déployés par notre collègue pour rendre plus cohérent et transparent le processus décisionnel relatif aux réparations à accorder, nous estimons que la façon dont elle formule les « principes » et « pierres de touches » « fondamentaux » qu’elle propose favorise plutôt l’incertitude et l’imprévisibilité. Pire encore, leur caractère douteux ne fait qu’exacerber la confusion. On ne sait pas avec certitude si ces principes sont de nature constitutionnelle ou non constitutionnelle, ou s’ils relèvent d’une nouvelle catégorie hybride. Dans l’ensemble, il est difficile de savoir comment on pourrait concilier l’affirmation de notre collègue selon laquelle « l’effet de déclarations d’invalidité devrait être suspendu en de rares cas » (par. 83) avec les vagues principes et catégories élargis qu’elle énonce pour justifier le recours à cette mesure. Il n’est tout simplement pas nécessaire d’élargir la portée des « rares circonstances » dans lesquelles la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité peut être prononcée (*contra*, motifs de la juge Karakatsanis, par. 132). En réalité, comme nous l’expliquons plus loin, il y a de bonnes raisons de *ne pas* le faire, étant donné que cela risque seulement de compromettre indûment l’exercice de droits.

[252] En résumé, à notre avis, le tribunal ne peut prononcer constitutionnellement la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité que pour contrer une menace au principe constitutionnel de la primauté du droit, ce qui englobe les menaces à la sécurité publique. Le tribunal *doit* en fait suspendre l’effet de la déclaration d’invalidité en pareil cas, parce qu’« [e]n permettant à une telle situation de survenir et en omettant d’y remédier, cette Cour renoncerait à ses fonctions de protectrice et de gardienne de la Constitution » (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 753).

C. *Leçons apprises après l’arrêt Schachter*

[253] Avant d’appliquer ce qui précède aux faits de la présente affaire, nous tenons à ajouter

warrant a return to first principles — that is, that warrant reinstating the rule of law as the sole justification for suspended declarations of invalidity. These considerations are, in effect, lessons that follow from *Schachter*'s jurisprudential progeny that show why it is essential to confine judicial discretion.

[254] First, restraint is imperative because suspending a declaration will often pull a court beyond its institutional competence and capacity. On several occasions where this Court has suspended a declaration of invalidity, the legislature has chosen *not* to enact new legislation (Choudhry and Roach, Table B, at pp. 257-66). Or, as in *Corbiere v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 331, “the new electoral regime instantiated by the government was virtually identical to what would have resulted from the immediate invalidation of the impugned law” (Hoole, at p. 125; see also pp. 124 and 126). Such a deeply regrettable state of affairs should lead us to reflect, even if only briefly, on its significance: this Court, mistakenly believing it had the institutional competence to properly assess whether a suspended declaration was necessary, allowed injury to the *Charter* rights of Canadians to persist unnecessarily. The dangers of judicial activism — indeed, of judicial legislation — are on full display.

[255] Conversely, when an immediate declaration of invalidity is issued, “one may not speak of judicial activism Rather, even though the declaration is channeled through the court, it is in truth issued by [s. 52(1) of] the original constitution” (G. C. N. Webber, “Originalism’s Constitution”, in G. Huscroft and B. W. Miller, eds., *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation* (2011), 147, at pp. 166-67; see also *Ferguson*, at para. 35, and *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at

quelques considérations supplémentaires qui justifient un retour aux principes premiers, c’est-à-dire aux principes qui permettent de réaffirmer que seule la protection de la primauté du droit justifie de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité. Ces considérations sont en réalité des enseignements tirés des jugements qui ont été rendus dans la foulée de l’arrêt *Schachter* et qui démontrent pourquoi il est essentiel de restreindre le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

[254] En premier lieu, il est impératif que les tribunaux fassent preuve de retenue, parce qu’ils risquent d’outrepasser les limites de leurs compétence et capacité institutionnelles en suspendant l’effet d’une déclaration. Il est arrivé à plusieurs reprises que le législateur choisisse de *ne pas* adopter une nouvelle loi après la suspension, par notre Cour, de l’effet d’une déclaration d’invalidité (Choudhry et Roach, tableau B, p. 257-266). Ou, comme dans l’affaire *Corbiere c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 331, [TRADUCTION] « le nouveau régime électoral instauré par le gouvernement était pratiquement identique à celui qui aurait résulté de l’invalidation avec effet immédiat de la loi contestée » (Hoole, p. 125; voir aussi p. 124 et 126). Une situation aussi regrettable devrait nous faire réfléchir, ne serait-ce que brièvement, sur sa signification : croyant à tort qu’elle avait la compétence institutionnelle pour bien examiner l’opportunité de suspendre l’effet d’une déclaration d’invalidité, notre Cour a permis trop longtemps que l’on continue ainsi à porter inutilement atteinte à des droits garantis aux Canadiens par la *Charte*. Il s’agit d’une parfaite illustration des dangers de l’activisme judiciaire — de législation judiciaire, en fait.

[255] En revanche, lorsque le tribunal prononce une déclaration d’invalidité avec effet immédiat, [TRADUCTION] « on ne peut parler d’activisme judiciaire [. . .] En réalité, même si c’est le tribunal qui prononce cette déclaration, elle repose en vérité sur [le par. 52(1) de] la constitution originale » (G. C. N. Webber, « Originalism’s Constitution », dans G. Huscroft et B. W. Miller, dir., *The Challenge of Originalism : Theories of Constitutional Interpretation* (2011), 147, p. 166-167; voir également *Ferguson*, par. 35, et *Nouvelle-Écosse (Workers’*

para. 28). The responsibility for responding to the declaration of invalidity then, as our Constitution intended, falls to the legislature — the branch with the competence and toolbox necessary to craft an appropriate response. Not only do legislatures have the ability in certain cases to respond to an immediate declaration of invalidity by using s. 33(1) (as discussed above), but they may also enact amended legislation before or upon release of the Court’s decision (Hoole, at pp. 120-21 and 134; e.g. *Schachter*, at pp. 690 and 724-25; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 92). As Stavsky explains:

A legislature is a functioning entity, fully capable of responding to any set of circumstances. The contention that legislatures act too slowly in emergency situations is erroneous. . . . There are no inherent barriers in the legislative system that prevent expedient action when it is necessary. [p. 345]

In the end, it must not be forgotten that before *Schachter*, immediate declarations of invalidity were the established practice, and some of the Court’s most striking decisions were rendered in this fashion without any adverse consequences (e.g. *Big M Drug Mart*; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). We are unaware of any reports that Parliament or the legislature had difficulty responding to immediate declarations of invalidity then, and it would be pure conjecture on this Court’s part to wonder if they will now.

[256] Secondly, a return to a norm of immediate declarations would have the effect of avoiding this Court’s particularly arbitrary and uninformed exercise of determining the length of a suspension. In *Manitoba Reference*, the Court recognized its limits in this regard: “As presently equipped, the Court is incapable of determining the period of time during which” a suspended declaration should govern

Compensation Board) c. *Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 28). La responsabilité de répondre à la déclaration d’invalidité revient alors, comme le prévoit notre Constitution, au législateur — l’organe disposant de la compétence et des moyens nécessaires pour élaborer une réponse appropriée. Non seulement le législateur est-il en mesure de répondre dans certains cas à une déclaration d’invalidité avec effet immédiat en recourant au par. 33(1) (comme nous l’avons déjà vu), mais il peut aussi adopter une loi modifiée avant ou après le prononcé de la décision de la Cour (Hoole, p. 120-121 et 134; voir, p. ex., *Schachter*, p. 690 et 724-725; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 92). Comme l’explique Stavsky :

[TRADUCTION] Une législature est une entité fonctionnelle, parfaitement capable de s’adapter aux situations les plus diverses. Il est faux de prétendre que les législatures tardent à agir dans les situations d’urgence [. . .] Le système législatif ne comporte aucun obstacle inhérent qui empêche d’intervenir rapidement lorsque cela est nécessaire. [p. 345]

Au final, il ne faut pas oublier qu’avant l’arrêt *Schachter*, les déclarations d’invalidité avec effet immédiat étaient la règle, et que certaines des décisions les plus frappantes de notre Cour ont été rendues en ce sens sans aucune conséquence fâcheuse (voir, p. ex., *Big M Drug Mart*; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). À notre connaissance, personne n’a signalé que le Parlement ou les législatures provinciales avaient par le passé eu de la difficulté à répondre à des déclarations d’invalidité avec effet immédiat, et ce serait pure conjecture de la part de notre Cour de se demander s’ils en auraient maintenant.

[256] Deuxièmement, le retour à la norme de la déclaration avec effet immédiat aurait pour effet d’empêcher notre Cour de se livrer à l’exercice particulièrement arbitraire et malavisé consistant à établir la durée d’une suspension. Dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, la Cour a reconnu ses limites à cet égard : « Compte tenu de la documentation dont elle dispose actuellement, la Cour est incapable de déterminer

(p. 769). Nothing we have seen in the intervening 35 years persuades us that this has fundamentally changed.

[257] A court’s institutional incapacity to estimate the amount of time required is only heightened “if there is no majority in government, if party discipline is weakened or if the unelected upper house of Canada’s federal Parliament exercises its powers” (K. Roach, “The Separation and Interconnection of Powers in Canada: The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies” (2018), 5 *J. Int’l Comp. L.* 315, at p. 335). It is no surprise then that, as in the case at bar (see Karakatsanis J.’s reasons, at para. 179), this Court often “appears unwilling to articulate why [its] long period[s] of suspension [are] appropriate,” (A. van Kralingen, “The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage: *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights” (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, at p. 176; e.g. *Corbiere*, at para. 27) and simply resorts to its standard durations of six months, a year, or 18 months with little guidance or consistency (Hoole, at p. 122).

[258] There is, consequently, a strong chance courts will overshoot the mark and allot the legislature more time than it requires. That was the case in *Corbiere*, where the 18-month suspension acted “as a sedative, not a stimulant”, excusing the legislature from acting forthwith (C. Mouland, “Remedying the Remedy: *Bedford*’s Suspended Declaration of Invalidity” (2018), 41 *Man. L.J.* 281, at p. 331; see also Macfarlane, at p. 118). In the end, the legislature waited until the *seventh* month before even *beginning* to respond (Mouland, at p. 331). To allow for an unconstitutional state of affairs, and the maintenance of its “harmful . . . effects [including] exacerbating existing disadvantage and marginalization” (R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015) (“Leckey, *Bills*”), at pp. 173-74) to persist for a day longer than necessary is offensive to our constitutional order. Thus, we strongly reject any notion that affording the legislature “time” is on its

le délai pendant lequel » l’effet d’une déclaration d’invalidité devrait être suspendu (p. 769). Rien dans ce que nous avons vu depuis que cet arrêt a été rendu il y a 35 ans ne nous convainc que cette situation a fondamentalement changé.

[257] L’incapacité institutionnelle des tribunaux à estimer le délai nécessaire n’est que renforcée [TRADUCTION] « si le gouvernement n’est pas majoritaire, la discipline de parti est affaiblie ou la chambre haute non élue du Parlement fédéral exerce ses pouvoirs » (K. Roach, « The Separation and Interconnection of Powers in Canada : The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies » (2018), *J. Int’l Comp. L.* 315, p. 335). Il n’est donc guère étonnant que, comme en l’espèce (voir les motifs de la juge Karakatsanis, par. 179), notre Cour semble souvent [TRADUCTION] « peu disposée à expliquer pourquoi ses longues périodes de suspension sont indiquées » (A. van Kralingen, « The Dialogic Saga of Same-Sex Marriage : *EGALE*, *Halpern*, and the Relationship Between Suspended Declarations and Productive Political Discourse About Rights » (2004), 62 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, p. 176; voir, p. ex., *Corbiere*, par. 27) et qu’elle se contente de recourir à des durées types de six mois, un an ou 18 mois, avec peu de balises et sans grande cohérence (Hoole, p. 122).

[258] Les tribunaux risquent donc fort de dépasser les bornes et d’accorder au législateur plus de temps qu’il n’en a besoin. C’est ce qui s’est produit dans l’affaire *Corbiere*, où la suspension de 18 mois accordée a agi [TRADUCTION] « comme un sédatif, et non comme un stimulant », excusant ainsi le législateur d’intervenir rapidement (C. Mouland, « Remedying the Remedy : *Bedford*’s Suspended Declaration of Invalidity » (2018), 41 *Man. L.J.* 281, p. 331; voir également Macfarlane, p. 118). En fin de compte, le législateur a attendu au *septième* mois avant même de *commencer* à répondre (Mouland, p. 331). Laisser une situation inconstitutionnelle perdurer une seule journée de plus que nécessaire fait injure à notre ordre constitutionnel, tout comme le fait de maintenir ses [TRADUCTION] « effets [. . .] néfastes [notamment] l’aggravation des désavantages existants et de la marginalisation » (R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015) (« Leckey,

own a sufficient justification for extending the harms associated with the law in the first place. This brings us to our third point.

[259] It also behooves us to consider the harms inflicted on *Charter* claimants and other affected rights holders by this Court's liberal and unprincipled use of suspended declarations. In allowing an unconstitutional law to remain in force, a court not only withholds the immediate relief to a successful claimant to which he or she is expressly entitled under s. 52(1) of our Constitution, but also sustains the law's capacity to produce harm. In the process, the significance of the right at issue is diluted. For this reason, the improper use of suspended declarations pose "a threat to the very idea of constitutional supremacy" (Choudhry and Roach, at p. 230) precisely because they "impose substantial costs on litigants" (Leckey, *Bills*, at p. 170) who must bear the brunt of the unenforced norm (see R. Leckey, *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, March 12, 2014 (online); Burningham, at p. 206; and Macfarlane, at p. 120).

[260] Similarly, suspended declarations can exacerbate pre-existing disadvantage. Dean Leckey highlights how "the delayed declaration risk[s] leveraging factual differences among members [of a litigant's class] into arbitrary and unjust legal effects" (R. Leckey, "The harms of remedial discretion" (2016), 14 *I CON* 584, at p. 592). Mouland echoes this when she writes of "horizontal inequity" (p. 338) as a harm incurred by suspended declarations. For instance, in the context of an unconstitutional criminal law, "individuals arrested and charged under the unconstitutional provisions late in the [suspended declaration period] would be much less likely to receive a conviction before that period elapsed than those arrested and charged earlier" (Leckey, at p. 592). The arbitrariness of this result is not only temporally based however, as an individual's access to resources and socioeconomic position are also determinative:

Bills », p. 173-174). Nous rejetons donc fermement toute idée selon laquelle accorder du « temps » au législateur est en soi une raison suffisante pour justifier au départ de permettre aux effets pervers de la loi de perdurer. Ce qui nous amène à notre troisième point.

[259] Il nous incombe aussi d'examiner le préjudice que le recours libéral et injustifié à la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité cause aux personnes qui invoquent la *Charte* et aux autres titulaires de droits touchés. En permettant à une loi inconstitutionnelle de rester en vigueur, le tribunal refuse non seulement au demandeur qui a obtenu gain de cause la réparation immédiate à laquelle il a expressément droit en vertu du par. 52(1) de notre Constitution, mais il permet à cette loi de continuer à causer un préjudice, diluant ainsi l'importance du droit en cause. Pour cette raison, le recours abusif à la suspension de l'effet des déclarations d'invalidité constitue [TRADUCTION] « une menace au concept même de la primauté de la Constitution » (Choudhry et Roach, p. 230) précisément parce qu'on [TRADUCTION] « impose ainsi des frais considérables aux plaideurs » (Leckey, *Bills*, p. 170), qui sont les principales victimes du non-respect de cette norme (voir R. Leckey, *Suspended Declarations of Invalidity and the Rule of Law*, 12 mars 2014 (en ligne); Burningham, p. 206; et Macfarlane, p. 120).

[260] De même, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est susceptible d'aggraver un désavantage préexistant. Le doyen Leckey explique comment [TRADUCTION] « la déclaration dont l'effet est différé risque d'entraîner des effets juridiques arbitraires et injustes en raison des différences factuelles qui existent entre les membres [de la même catégorie de plaideurs] » (R. Leckey « The harms of remedial discretion » (2016), 14 *I CON* 584, p. 592). Mouland reprend ces préoccupations à son compte lorsqu'elle qualifie d'[TRADUCTION] « iniquité horizontale » (p. 338) le préjudice causé par la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité. Si l'on prend l'exemple d'une loi pénale inconstitutionnelle, [TRADUCTION] « les individus arrêtés et accusés en vertu de dispositions inconstitutionnelles alors que le [délai de suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité] tire à sa fin seraient beaucoup moins

“Individuals with decent legal advice . . . know not to plead guilty under the law, but to keep their file open until the suspension lapse[s],” whereas those without such advice, typically the marginalized and vulnerable, may not (p. 592). Further, prosecutorial discretion in charging may be informed by whether the Crown in a particular jurisdiction has knowledge of the government’s intention (or lack thereof) to replace the legislation (and if so, with what), resulting in further arbitrary distinctions among those in the claimant’s class (p. 595). Ultimately, “incarcerating individuals convicted under an interdiction known to violate rights” engenders marginalization and “intensifies concerns for the rule of law and for justice generally” (p. 593; see also p. 595).

susceptibles de faire l’objet d’une déclaration de culpabilité avant l’expiration de ce délai que ceux qui sont arrêtés et accusés plus tôt » (Leckey, p. 592). Le caractère arbitraire de cette situation n’est toutefois pas attribuable uniquement au facteur temps. En effet, l’accès de l’individu à des ressources, de même que sa situation socioéconomique, sont aussi des facteurs déterminants : [TRADUCTION] « Les personnes qui ont été bien conseillées sur le plan juridique [. . .] savent qu’il est préférable de ne pas s’avouer coupables d’une infraction à la loi et de laisser leur dossier actif jusqu’à ce que le délai prévu pour la suspension expire », tandis que celles qui n’ont pas reçu ce conseil — souvent des personnes marginalisées et vulnérables — risquent de l’ignorer (p. 592). De plus, le ministère public est susceptible d’être influencé, lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non, par le fait qu’il soit au courant que le gouvernement concerné a ou non l’intention de remplacer les dispositions législatives en question — et, dans l’affirmative, par quelles dispositions —, ce qui entraîne d’autres distinctions arbitraires entre les membres du groupe du demandeur (p. 595). En fin de compte, [TRADUCTION] « l’incarcération de personnes reconnues coupables en vertu d’une interdiction dont on sait qu’elle viole des droits » engendre la marginalisation et « renforce la crainte que l’on porte atteinte à la primauté du droit et à la justice en général » (p. 593; voir aussi p. 595).

[261] In addition to its potential to extend harm, the routine use of suspended declarations risks discouraging rights holders from bringing *Charter* claims forward in the first place. Commentators have suggested that suspended declarations “contribute to a chilling effect on constitutional litigation in Canada. . . . [T]here is a legitimate risk that suspended declarations add to the already steep disincentives against individuals initiating constitutional challenges” (Hoole, at p. 131; see also Ryder, at p. 287). We see a case in point in our colleague’s “balancing the harms” (para. 131) approach, which adds one more step at which claimants must assert their rights against other factors. It cannot be anything but discouraging for potential *Charter* claimants to know that, under our colleague’s test, even where

[261] Outre le danger qu’il comporte de causer un préjudice, le recours systématique à la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité risque de dissuader dès le départ les titulaires de droits de présenter des demandes fondées sur la *Charte*. Des auteurs de doctrine ont avancé l’idée que pareille suspension [TRADUCTION] « contribue à refroidir les ardeurs de ceux qui voudraient entreprendre des litiges constitutionnels au Canada. [I]l existe un risque bien réel que la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité s’ajoute aux facteurs de dissuasion déjà importants qui découragent les justiciables d’amorcer une contestation constitutionnelle » (Hoole, p. 131; voir également Ryder, p. 287). Nous trouvons, à titre de bel exemple, l’approche fondée sur « l’équilibre [. . .] entre les préjudices » que notre collègue propose

the government fails to justify the infringement of their *Charter* rights under s. 1, they must be ready to parry any “identifiable public interest” (para. 83; see also paras. 117, 139 and 171) that the government can muster to justify allowing that infringement to persist.

[262] In contemplating a test for suspended declarations then, we must recognize that the balancing at the s. 1 stage has already been resolved in *favour* of the protection of the *Charter* right. For a court to then alter this balance *against* the protection of that right strikes us as a monumental and unfortunate step. This is especially so where a court has already concluded that there is no rational connection between a law’s *Charter* infringement and its objective (*contra Figueroa*, at paras. 86 and 92-93): if an impugned law is not rationally serving the interests it purports to in the first place, we fail to see why the law should remain temporarily in effect. Again, we would return to first principles. Courts should legitimize a deviation from the initial balance struck only where the weighty interest in originally protecting the right is outweighed by a threat to the rule of law.

[263] A final point of concern. Suspended declarations, if used improperly (as we see this Court having used them), can actually undermine the rule of law they were designed to preserve in at least two ways. First, suspended declarations can lead to uncertainty in the law. For example, this Court’s suspended declaration in *Bedford* caused such significant uncertainty that “police and prosecution units across the country took different approaches to laying charges under the provisions maintained temporarily in effect, generating [extensive] litigation” and concern about unjust imprisonment (Leckey, *Bills*, at p. 176; see also Hoole, at pp. 125-26). Secondly, suspended

(par. 131) et qui a pour objet d’ajouter une étape au cours de laquelle les demandeurs doivent revendiquer leurs droits en regard d’autres facteurs. Il ne peut être que décourageant pour l’éventuel auteur d’une demande fondée sur la *Charte* de savoir que, selon le test appliqué par notre collègue, même lorsque le gouvernement n’arrive pas à justifier en vertu de l’article premier l’atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, il doit être prêt à riposter à tout « intérêt public identifiable » (par. 83; voir aussi par. 117, 139 et 171) que le gouvernement peut lui opposer pour justifier la poursuite de cette atteinte.

[262] Lorsqu’on envisage un test en matière de suspension de l’effet de déclarations d’invalidité, on doit donc reconnaître que la mise en équilibre effectuée à l’étape de l’article premier a déjà été résolue en *faveur* de la protection du droit garanti par la *Charte*. Le fait qu’un tribunal vienne ensuite rompre cet équilibre au *détriment* de la protection de ce droit constitue un pas majeur regrettable, surtout lorsque le tribunal a déjà conclu qu’il n’existe pas de lien rationnel entre l’atteinte portée par une loi à la *Charte* et l’objectif que cette loi poursuit (*contra, Figueroa*, par. 86 et 92-93). Si elle ne sert pas rationnellement les intérêts qu’elle est censée protéger en premier lieu, nous ne voyons pas pourquoi la loi contestée devrait demeurer temporairement en vigueur. Là encore, nous reviendrions aux principes premiers. Les tribunaux ne devraient légitimer toute rupture de l’équilibre initial atteint que lorsque la menace à la primauté du droit est plus importante que l’intérêt de taille à protéger au départ le droit en question.

[263] Une dernière question. Lorsqu’utilisée de manière inappropriée (comme nous constatons que notre Cour l’a fait), la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité risque en fait de miner d’au moins deux façons la primauté du droit qu’elle était censée protéger. En premier lieu, la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité peut créer de l’incertitude dans le droit. Par exemple, la suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité prononcée par notre Cour dans l’arrêt *Bedford* a engendré une telle incertitude que [TRADUCTION] « les policiers et les services des poursuites de partout au pays ont adopté des approches différentes pour déposer

declarations can “lessen the consequences for lawmakers of enacting laws that violate the [*Charter*, which] in turn, reduces the incentives for complying with rights when making [the] law” (Leckey, *Bills*, at p. 177; see also *Schachter*, at p. 728, per La Forest J.: “It is the duty of the courts to see that . . . laws conform to constitutional norms and declare them invalid if they do not. This imposes pressure on legislative bodies to stay within the confines of their constitutional powers from the outset.”). Professor Ryder explains:

One result of routinely suspending declarations of invalidity when legislation unjustifiably infringes Charter rights and freedoms is that the costs to lawmakers of risking Charter violations may no longer be apparent. . . . Lawmakers might be getting the message that they take no significant risks if they pass laws without serious regard for Charter rights and freedoms. . . . The consequences of drafting laws that may violate the Charter, from a government’s point of view, may be nothing worse than litigation and a second chance at drafting Charter-compliant legislation a few years down the road. [p. 288]

In other words, suspended declarations have actually become an invitation for governments to be bolder with their legislation, because the potentially negative consequences of doing so have been so largely contained, or are uncertain to occur. A remedy initially designed to *serve* the rule of law, in the absence of being grounded in the Constitution, now risks *causing*, even *promoting*, its violation (Ryder, at p. 288). We would therefore return to the familiar rule of law path that was set in *Manitoba Reference*, and that is entirely within the province of the judiciary. And we would leave the concerns for

des accusations en vertu des dispositions qui ont été maintenues temporairement en vigueur, ce qui a donné lieu à [un grand nombre] de litiges » et a suscité des craintes d’emprisonnement injuste (Leckey, *Bills*, p. 176; voir également Hoole, p. 125-126). En second lieu, la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité est susceptible [TRADUCTION] « d’atténuer les conséquences auxquelles s’expose le législateur qui a édicté une loi qui viole la [*Charte*, ce qui,] à son tour, réduit les incitatifs à respecter les droits lorsqu’il légifère » (Leckey, *Bills*, p. 177; voir également *Schachter*, p. 728, le juge La Forest : « Les tribunaux ont le devoir de veiller à ce que les lois répondent aux normes constitutionnelles et de les déclarer inopérantes dans le cas contraire. Ils exercent ainsi une pression sur les corps législatifs qui doivent, dès le départ, s’en tenir aux limites de leurs pouvoirs constitutionnels. »). Le professeur Ryder explique :

[TRADUCTION] L’une des conséquences de la suspension systématique de l’effet des déclarations d’invalidité lorsqu’une loi porte atteinte de manière injustifiée à des droits et libertés garantis par la *Charte* est que le prix que doit payer le législateur lorsqu’il risque de violer la *Charte* n’est peut-être plus évident. [. . .] On laisse ainsi entendre au législateur qu’il ne court pas un grand risque s’il adopte des lois sans tenir vraiment compte des droits et libertés consacrés par la *Charte*. [. . .] Du point de vue du gouvernement, la pire conséquence de la rédaction de lois susceptibles de violer la *Charte* est la perspective d’un litige et la possibilité d’avoir une deuxième chance de rédiger quelques années plus tard une loi conforme à la *Charte*. [p. 288]

En d’autres termes, la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité a en réalité pour effet d’inviter en quelque sorte les gouvernements à être plus audacieux lorsqu’ils légifèrent, puisque les conséquences potentiellement négatives auxquelles ils s’exposent sont étroitement circonscrites et qu’elles ne se produiront pas nécessairement. Un recours qui était conçu à l’origine pour *servir* la primauté du droit risque maintenant, s’il n’est pas fondé sur la Constitution, de *provoquer*, voire de *favoriser*, sa violation (Ryder, p. 288). Nous préconisons donc un retour à la démarche bien connue axée sur la

policy-making constraints to those orders of the state (legislative and executive) that know of such matters.

D. Conclusion

[264] This Court’s use of suspended declarations as an instrument of remedial delegation to the legislature is not only “at odds with the precepts of Canada’s constitutional model [but] has [also] produced a problem of analytic incoherency, exacerbated flawed institutional assumptions that impose undue costs on *Charter* claimants, and caused unnecessary injury to *Charter* rights” (Hoole, at p. 147). Beyond upholding the constitutional principle of the rule of law, we see no defensible justification — at least no judicially cognizable justification — for a court to suspend the enforcement of constitutional rights. If the Court’s concern with using immediate declarations is deferential restraint, we say that *true* deference lies in conforming to the Constitution, and not in “engag[ing] in a discretionary exercise each time” (Leckey, *Bills*, at p. 178; see also p. 177).

[265] It is tempting, and indeed it is venerable judicial methodology to scrutinize decided cases to discern principles that allow us to reconcile those cases with each other, and to identify a path forward in deciding a present case. But it must be borne in mind what is at stake. Fundamentally, “[i]t is the duty of the courts to uphold the Constitution, not to seal its suspension” (*Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 463-64). Unless, therefore, an immediate declaration of invalidity would transgress the rule of law — the very “foundation of [our] [C]onstitution” (*Manitoba Reference*, at

primauté du droit qui a été énoncée dans le *Renvoi relatif au Manitoba* et qui relève entièrement de la compétence des tribunaux. Et nous laisserions aux organes de l’État — le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif — le soin de se pencher sur les contraintes dont est assortie l’élaboration de politiques publiques, lesquelles sont des questions qu’ils connaissent.

D. Conclusion

[264] L’utilisation, par notre Cour, de la suspension de l’effet des déclarations d’invalidité comme moyen de déléguer son pouvoir de réparation au législateur est non seulement [TRADUCTION] « incompatible avec les préceptes du modèle constitutionnel canadien [mais] elle a [aussi] créé un problème d’incohérence analytique, en plus d’amplifier des hypothèses institutionnelles erronées qui font subir des coûts excessifs aux auteurs de demandes fondées sur la *Charte* et qui ont porté inutilement atteinte à des droits garantis par la *Charte* » (Hoole, p. 147). Mis à part le respect du principe constitutionnel de la primauté du droit, nous ne voyons aucune raison défendable — à tout le moins aucune justification reconnue par les tribunaux — pour laquelle un tribunal suspendrait l’application de droits constitutionnels. Si la Cour hésite à prononcer des déclarations avec effet immédiat à cause de la retenue dont elle doit faire preuve, nous estimons que la *véritable* retenue consiste à respecter la Constitution et non à [TRADUCTION] « exercer dans tous les cas son pouvoir discrétionnaire » (Leckey, *Bills*, p. 178; voir aussi p. 177).

[265] Il est tentant — et c’est d’ailleurs une méthode judiciaire fort respectable — de scruter la jurisprudence pour en dégager des principes qui nous permettent de concilier les décisions déjà rendues et de trouver la démarche à suivre pour trancher une affaire en cours. Mais il ne faut pas oublier ce qui est en jeu. Fondamentalement, « [i]l incombe aux tribunaux de faire observer la Constitution, non d’entériner sa suspension » (*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 463-464). Ainsi, à moins qu’une déclaration d’invalidité avec effet immédiat ne transgresse la primauté du droit — laquelle est la « base

p. 766) — the *Charter* must not be abrogated. We return again to Professor Ryder, who makes the point compellingly:

... suspended declarations ... appea[r] to conflict with [s. 52(1)] and section 1 of the Charter. These sections place on governments the responsibility for demonstrating that limits on rights and freedoms are justified, and they place on the judiciary the responsibility for declaring invalid laws that have not been so justified. ... Judges partially abdicate their constitutional obligations if they grant to legislatures the responsibility for initially bringing invalid legislation into compliance with constitutional norms whenever a range of Charter-compliant options exists. Remedial dialogue should follow *after* the judiciary has exercised its section 52 responsibilities; it should not provide a reason for temporarily abdicating those responsibilities in the first place. [Emphasis in original; p. 282.]

[266] With great respect to our colleague who strives to find meaningful principles in what is a haphazard body of case law, it is time to restore discipline and restraint to this Court's approach to suspended declarations, and re-impose narrow conditions that give practical effect to its statements that the suspended declaration is a "high standard" to meet and an "extraordinary step" (*R. v. Boudreault*, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 98; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13, at para. 2). As we see it, this can only be done by turning back the clock to *Manitoba Reference* and reverting to its sound guidance that suspended declarations ought to be unusual and exigent, reserved exclusively for those cases where the rule of law is imperilled. The solution is *not* to rely on "principles" in decided cases that simply are not there to be seen. As was said by Lord Shaw of Dunfermline more than a century ago, "[t]o remit the maintenance of constitutional right to the region of judicial discretion is to shift the foundations of freedom from the rock to the sand" (*Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), at p. 477). When it comes to

[même] de [notre] [C]onstitution » (*Renvoi relatif au Manitoba*, p. 766) — il ne faut pas abroger la *Charte*. Nous citons de nouveau le professeur Ryder, qui fait valoir ce point de manière convaincante :

[TRADUCTION] ... les suspensions de l'effet de déclarations d'invalidité semblent incompatibles avec [le par. 52(1)] et l'article premier de la *Charte*. Ces dispositions obligent les gouvernements à démontrer que les limites apportées aux droits et libertés sont justifiées, et elles imposent aux tribunaux la responsabilité de déclarer invalides les lois dont la justification n'a pas été démontrée [. . .] Les juges abdiquent en partie leurs obligations constitutionnelles s'ils font porter au législateur la responsabilité de rendre dès le début une loi invalide conforme aux normes constitutionnelles lorsqu'il existe plusieurs solutions pour rendre cette loi conforme à la *Charte*. Un dialogue sur les réparations qui peuvent être accordées devrait se tenir *une fois que* le pouvoir judiciaire s'est acquitté des responsabilités que lui impose l'article 52 : ce dialogue ne devrait pas servir de raison de se soustraire au départ temporairement à ces responsabilités. [En italique dans l'original; p. 282.]

[266] Avec égards pour notre collègue, qui s'efforce de dégager des principes utiles d'une jurisprudence désordonnée, nous estimons que le temps est venu de rétablir la discipline et la retenue dans la démarche à suivre par notre Cour en matière de suspension de l'effet de déclarations d'invalidité, et d'imposer de nouveau des conditions strictes pour donner concrètement effet aux affirmations de notre Cour suivant lesquelles la suspension de la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité est une « norme rigoureuse » et une « mesure extraordinaire » (*R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599, par. 98; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13, par. 2). À notre avis, on ne peut y parvenir qu'en revenant aux principes énoncés dans le *Renvoi relatif au Manitoba* et en reprenant son sage conseil suivant lequel la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité devrait être une mesure exceptionnelle qui doit être réservée exclusivement aux situations dans laquelle la primauté du droit est en péril. La solution *ne* consiste *pas* à se fonder sur des « principes » qui ne sont tout simplement pas discernables dans la jurisprudence. Comme le disait

protecting *Charter* rights from undue suspension, it must be the law, our Constitution — not pure discretion (which our colleague only nominally rejects) — that is in command. Accordingly, this Court should not shy away from using immediate declarations of invalidity in the future. In most cases, immediate declarations are necessary to enforce protected rights, uphold constitutionalism, and vindicate the rule of law. We now turn to applying this approach to the case at bar.

E. Application

[267] In our view, granting an immediate declaration of invalidity in this case would threaten public safety and, therefore, the rule of law. We find the concerns in this case to be of the nature and magnitude of those that warranted suspended declarations in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1021 (holding that the detention of *all* persons found not guilty by reason of (what was then called) “insanity” was arbitrary because some will not be dangerous at the time of sentencing) and *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, at paras. 56-57 (holding that absolute discharges must be *available* to permanently unfit accused who do not pose a significant threat to public safety). In *Swain*, the Court considered that an immediate declaration would mean that “judges will be compelled to release into the community all insanity acquittees, including those who may well be a danger to the public” (p. 1021). Because of potentially “serious consequences” (p. 1021) to public safety, the Court issued a six-month suspended declaration of invalidity (p. 1022). Likewise, in *Demers*, the Court found that “striking down the legislation could create a danger to public safety” (para. 57) as it would, by necessary implication of its holding, have

lord Shaw of Dunfermline il y a plus d’un siècle, [TRADUCTION] « [c]onfier la tâche de protéger des droits constitutionnels aux tribunaux dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire revient à faire reposer les fondements de la liberté sur du sable plutôt que sur le roc » (*Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), p. 477). Lorsqu’il s’agit de protéger des droits garantis par la *Charte* contre une suspension injustifiée, c’est la loi, en l’occurrence notre Constitution — et non un pouvoir discrétionnaire absolu (que notre collègue ne rejette que pour la forme) — qui doit prévaloir. En conséquence, notre Cour ne devrait pas hésiter à l’avenir à prononcer des déclarations d’invalidité avec effet immédiat. Dans la plupart des cas, il est nécessaire de prononcer une déclaration avec effet immédiat pour faire respecter des droits protégés, maintenir le constitutionnalisme et défendre la primauté du droit. Nous allons maintenant appliquer cette démarche au cas qui nous occupe.

E. Application

[267] Selon nous, prononcer une déclaration d’invalidité avec effet immédiat en l’espèce constituerait une menace à la sécurité publique et, par conséquent, à la primauté du droit. Nous estimons que les inquiétudes soulevées dans la présente affaire sont de la même nature et de la même ampleur que celles qui avaient justifié une suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité dans l’affaire *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1021 (où la Cour avait jugé que la détention de *toutes* les personnes déclarées non coupables pour cause d’aliénation mentale était arbitraire parce que certaines d’entre elles ne sont pas dangereuses au moment de la détermination de la peine) et dans l’affaire *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, par. 56-57 (où la Cour avait jugé que les accusés inaptes de façon permanente qui ne représentent pas un risque important pour la sécurité du public devaient *pouvoir bénéficier* d’une libération inconditionnelle). Dans l’arrêt *Swain*, la Cour a estimé que, si une déclaration avec effet immédiat était prononcée, « les juges seront obligés de libérer dans la société toutes les personnes acquittées pour cause d’aliénation mentale, y compris celles qui pourraient fort bien présenter un danger pour le

given absolute discharges to some unfit accused who *did* pose a threat to society.

[268] Similarly, in this case, an immediate declaration would mean that the *Christopher's Law* registry would not apply to all persons found NCRMD who have been granted absolute discharges by the Ontario Review Board. While we are confident *Christopher's Law* captures persons who do not pose a significant risk of reoffending, we are equally confident that it also captures many who do. The application judge accepted Dr. Hanson's evidence that, in general, persons found NCRMD pose an elevated risk of committing another sexual offence as compared to the general population, and further, that those who receive an absolute discharge have an increased probability of offending (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, at paras. 102, 103, 112 and 165). An absolute discharge cannot be equated with an absence of a risk of recidivism (*Ferguson v. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104, at paras. 1, 3 and 41-45; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313, at paras. 33-35 (CanLII)). Indeed, in some cases, the review board might not have granted an absolute discharge had they known the person found NCRMD was not going to be subject to *Christopher's Law*.

[269] Most importantly, it must be remembered that the "recidivism risk" we are referring to in this case is the risk of committing sexual offences,

public » (p. 1021). En raison des éventuelles « conséquences graves » (p. 1021) pour la sécurité publique, la Cour a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période de six mois (p. 1022). De même, dans l'affaire *Demers*, la Cour a conclu que « l'annulation de la loi pourrait engendrer un risque pour la sécurité du public » (par. 57) étant donné que sa décision aurait nécessairement pour conséquence d'accorder la libération inconditionnelle à certains accusés inaptes qui constituent *effectivement* une menace pour la société.

[268] De même, en l'espèce, une déclaration avec effet immédiat signifierait que le registre des délinquants sexuels prévu par la *Loi Christopher* ne s'appliquerait pas à l'ensemble des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui se sont vu accorder une libération inconditionnelle par la Commission ontarienne d'examen. Quoique nous soyons certains que la *Loi Christopher* s'applique aux personnes qui ne présentent pas un risque élevé de récidive, nous sommes tout aussi certains qu'elle vise aussi de nombreuses personnes qui présentent un tel risque. Le juge de première instance a accepté le témoignage du docteur Hanson suivant lequel, en règle générale, les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux présentaient un risque élevé par rapport à la population générale de commettre une autre infraction sexuelle et que celles qui bénéficient d'une libération inconditionnelle risquaient davantage de récidiver (2017 ONSC 6713, 401 C.R.R. (2d) 297, par. 102, 103, 112 et 165). On ne peut assimiler une libération inconditionnelle à une absence de risque de récidive (*Ferguson c. Regional Mental Health Care St. Thomas*, 2010 ONCA 810, 271 O.A.C. 104, par. 1, 3 et 41-45; *Kassa (Re)*, 2019 ONCA 313, par. 33-35 (CanLII)). D'ailleurs, dans certains cas, la commission d'examen n'aurait peut-être pas accordé une libération inconditionnelle si elle avait su que la personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux ne serait pas assujettie à la *Loi Christopher*.

[269] Plus important, il faut se rappeler que le « risque de récidive » dont nous parlons en l'espèce est celui de commettre des infractions d'ordre

“violent crimes that . . . cause profound harm” to our most vulnerable (*R. v. Friesen*, 2020 SCC 9, [2020] 1 S.C.R. 424, at para. 5). Removing all absolutely discharged persons found NCRMD from the *Christopher’s Law* registry would significantly hamper the prevention and investigation of these offences. Given that an immediate declaration of invalidity would remove persons found NCRMD who *are* potentially dangerous from the registry, it would, like in *Swain* and *Demers*, create a lacuna in the regime that would undoubtedly pose a danger to the public and thus threaten the rule of law.

[270] In addition to public safety, our colleague adds what she considers an additional justification to suspend the declaration of invalidity: she would suspend the declaration on the basis of “preserving the legislature’s latitude to respond to the finding of unconstitutionality” (para. 178). With respect, there is no reason to suppose that difficulty in getting persons found NCRMD back on the registry (see para. 176) would reduce the number of ways in which the legislature could provide an opportunity for exemption, or otherwise undermine the effectiveness of that policy choice (para. 130). The legislature could simply enact amended legislation that, like the current version of *Christopher’s Law*, requires everyone who falls under its jurisdiction to report forthwith, subject to penalty (ss. 3(1) and 11(1)).

[271] In any event, and for the reasons we have already given, the practical difficulties that a government may face in rolling out constitutionally compliant legislation cannot justify suspending *Charter* rights. Indeed, to us this indicates how dangerously close our colleague’s new category comes to the impermissible rationale of legislative deference from which this Court should disassociate itself. Rather than depending on vague notions of “the public’s

sexuel, « des crimes violents qui [. . .] causent un tort immense » aux membres les plus vulnérables de notre société (*R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424, par. 5). Retirer du registre de la *Loi Christopher* toutes les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont bénéficié d’une libération inconditionnelle entraverait considérablement la prévention de ces infractions, de même que les enquêtes menées sur celles-ci. Étant donné qu’elle retirerait du registre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux qui *sont* potentiellement dangereuses, une déclaration d’invalidité avec effet immédiat créerait, comme dans les affaires *Swain* et *Demers*, une faille dans le régime qui présenterait incontestablement un danger pour le public et, partant, une menace à la primauté du droit.

[270] Outre la menace à la sécurité publique, notre collègue ajoute ce qu’elle estime être une raison de plus de suspendre l’effet de la déclaration d’invalidité : elle en suspendrait l’effet pour protéger « la capacité du législateur de répondre au constat d’inconstitutionnalité » (par. 178). Avec égards, nous estimons qu’il n’y a aucune raison de supposer que la difficulté de réinscrire au registre les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux (voir par. 176) limiterait l’éventail de choix qui s’offrent au législateur pour accorder à ces personnes la possibilité de bénéficier d’une exemption ou qu’elle compromettrait par ailleurs l’efficacité de ce choix stratégique (par. 130). Le législateur pourrait tout simplement modifier la loi et, comme le prévoit la version actuelle de la *Loi Christopher*, obliger toute personne relevant de sa compétence à se présenter sans délai aux autorités, sous peine de sanctions (par. 3(1) et 11(1)).

[271] En tout état de cause, et pour les motifs que nous avons déjà exposés, les difficultés concrètes auxquelles un gouvernement peut être confronté lors de la mise en œuvre d’une loi qui est conforme à la Constitution ne peuvent justifier la suspension de droits garantis par la *Charte*. En effet, cela nous indique à quel point la nouvelle catégorie proposée par notre collègue se rapproche dangereusement du raisonnement inadmissible fondé sur la déférence

interest in legislation enacted for its benefit” and “the role of the legislature” (para. 166), we would instead ground a suspended declaration of invalidity here solely on the threat to the rule of law that would otherwise manifest in the form of a threat to public safety.

[272] Nor do we see any need for our colleague to invoke “the significance of the rights violation that the suspension would temporarily prolong” in this case (para. 177). Were our colleague’s new approach to suspended declarations grounded in the constitutional principle of the rule of law, such commentary would not be necessary. Indeed, it appears to be necessitated only by what we see as our colleague’s unsound “balancing” approach, since showing that it works in practice requires her to identify some concern to place on the respondent’s side of the scale to weigh against suspending the declaration (para. 177).

IV. Individual Exemptions

[273] If a suspended declaration of invalidity should be rare, then an individual exemption from that suspension must be exceedingly so. Indeed, this Court’s jurisprudence dictates that, in order to respect the role of the legislature, the limits of a court’s institutional capacity, and the potential for horizontal unfairness, an individual exemption is only appropriate in *highly* “unusual cases where additional s. 24(1) relief is necessary to provide the claimant with an effective remedy” (*Ferguson*, at para. 63 (emphasis added)); see also *Schachter*, at p. 720; *Demers*, at paras. 62-63). We see no reason to depart from this.

[274] A helpful consideration in determining whether an individual exemption is necessary to provide an “effective” remedy is to ask the

à l’égard du législateur dont notre Cour devrait se dissocier. Au lieu de nous en remettre à de vagues concepts d’« intérêt qu’a le public à ce que des lois soient adoptées pour son bénéfice » et de « rôle du législateur » (par. 166), nous estimons plutôt que la suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité en l’espèce n’est justifiée que s’il existe une menace à la primauté du droit qui se manifesterait autrement sous la forme d’un danger pour la sécurité publique.

[272] Nous ne voyons pas non plus l’utilité pour notre collègue d’invoquer « l’importance de la violation des droits qui persisterait temporairement si l’effet de la déclaration d’invalidité était suspendu » en l’espèce (par. 177). Si la nouvelle approche proposée par notre collègue en matière de suspension de l’effet de déclarations d’invalidité était fondée sur le principe constitutionnel de la primauté du droit, ce commentaire serait superflu. En effet, il semble ne s’imposer qu’à cause de l’approche peu judicieuse axée sur l’atteinte d’un équilibre que préconise notre collègue, puisque, pour montrer que cette approche fonctionne concrètement, notre collègue est contrainte de trouver une préoccupation en faveur de l’intimé pour faire pencher la balance contre la suspension de l’effet de la déclaration (par. 177).

IV. Exemptions individuelles

[273] Si une suspension de l’effet d’une déclaration d’invalidité doit rarement être accordée, une exemption individuelle de cette suspension ne doit l’être que dans des cas rarissimes. En effet, suivant la jurisprudence de notre Cour, pour respecter le rôle du législateur et les limites de la capacité institutionnelle du tribunal et pour éviter le risque d’iniquité horizontale, il ne convient d’accorder une exemption individuelle que dans « les cas [*hautement*] exceptionnels où la réparation additionnelle fondée sur le par. 24(1) est nécessaire pour accorder une réparation efficace au demandeur » (*Ferguson*, par. 63 (nous soulignons); voir également *Schachter*, p. 720; *Demers*, par. 62-63). Nous ne voyons aucune raison de nous écarter de cette position.

[274] Pour déterminer s’il est nécessaire d’accorder une exemption individuelle en vue d’octroyer une réparation « efficace », il est utile de se poser la

question the interveners, the David Asper Centre for Constitutional Rights, and the Attorney General of Canada, posit: whether an exemption is necessary to prevent “irreparable harm” to the interests the *Charter* was designed to protect during the suspension (Asper Centre factum, at para. 2; A.G.C. factum, at para. 55; Roach, *Constitutional Remedies*, at §§14.60, 14.910, 14.930 and 14.1790). The case for irreparable harm must be so significant that it overcomes the weighty need to leave the manner of addressing a constitutional infringement to the legislature. For example, an exemption may be warranted where the litigant needs urgent medical treatment or to ensure the claimant is released from custody. In our view, the test from *Ferguson* gives flexible interpretation to the words “appropriate and just” in s. 24(1) and allows courts to adhere to their role as defender of fundamental rights by minimizing any injustice caused by the suspension while also — by limiting exemptions to exceptional cases — allowing the legislature to discharge its singular role in formulating complex and multi-faceted legislation.

[275] Considered here, this is not one of those rare cases where an individual exemption is warranted. There is, to speak plainly, nothing highly unusual about this case: a delayed remedy will not deprive Mr. G of an effective one, nor preclude him from accessing the government’s new opportunity for exemption in whatever form that may take. Further, a suspended declaration of 12 months means that Mr. G will, at most, have to report to the police station one more time (for approximately 30-60 minutes (Sup. Ct. reasons, at para. 58)) as part of his obligation to report annually (see *Christopher’s Law*, at ss. 3(1)(f)-(g)). This is a far cry from “irreparable harm”. We are, therefore, in respectful disagreement with our colleague’s decision to grant Mr. G an individual exemption.

[276] What is particularly troubling, however, is that our colleague’s reasons appear to establish a

question que les intervenants le David Asper Centre for Constitutional Rights et le procureur général du Canada soulèvent en l’espèce : est-il nécessaire d’accorder une exemption pour empêcher qu’un « préjudice irréparable » soit causé aux droits que la *Charte* est censée protéger au cours de la suspension (mémoire du Asper Centre, par. 2; mémoire du P.G.C., par. 55; Roach, *Constitutional Remedies*, §§ 14.60, 14.910, 14.930 et 14.1790). Les arguments fondés sur l’existence d’un préjudice irréparable doivent être convaincants au point de surmonter l’importante nécessité de laisser au législateur le soin de décider comment il convient de redresser une violation de la Constitution. Par exemple, une exemption peut être justifiée lorsque le plaideur a besoin d’un traitement médical urgent ou pour assurer sa mise en liberté. À notre avis, le critère de l’arrêt *Ferguson* débouche sur une interprétation souple des mots « convenable et juste » qui figurent au par. 24(1) et permet aux tribunaux de s’acquitter de leur rôle de défenseur des droits fondamentaux en minimisant toute injustice causée par la suspension tout en permettant aussi au législateur — en limitant les exemptions à des cas exceptionnels — de remplir le rôle unique qui lui incombe de formuler des lois complexes et multidimensionnelles.

[275] En l’espèce, il ne s’agit pas d’un de ces rares cas où une exemption individuelle est justifiée. La présente affaire n’a, à vrai dire, rien d’exceptionnel : M. G ne se verra pas refuser une réparation efficace parce qu’il doit attendre pour l’obtenir et il ne sera pas empêché de saisir la prochaine occasion que lui offrira le gouvernement pour se prévaloir d’une exemption, peu importe la forme qu’elle prendra. En outre, une suspension de l’effet de la déclaration d’invalidité d’une durée de 12 mois signifie que M. G devra tout au plus se présenter au poste de police une fois de plus (pendant environ 30 à 60 minutes (motifs de la C.S., par. 58)) pour satisfaire à son obligation de se présenter chaque année aux autorités (voir la *Loi Christopher*, al. 3(1)f) et g)). On est loin d’un « préjudice irréparable ». Nous sommes donc respectueusement en désaccord avec la décision de notre collègue d’accorder une exemption individuelle à M. G.

[276] Ce qui est particulièrement troublant, toutefois, c’est le fait que, dans ses motifs, notre collègue

presumption in favour of individual exemptions in all cases (“if an exemption is otherwise appropriate and just, they should be exempted from suspensions in the absence of a compelling reason not to” (para. 152)). We therefore proceed to offer two important reasons why an individual exemption is inappropriate in this case, and in turn, why setting such a presumption and departing from the collective wisdom of *Schachter*, *Demers*, and *Ferguson*, is imprudent.

[277] First, in this case, as in most, crafting an individual exemption will exceed the competence of a court and encroach on what is at bottom an issue for resolution by the legislature. This Court has long made clear that filling gaps in unconstitutional legislation is a task for the legislature, not the judiciary (*Hunter v. Southam*, at p. 169; see also *Schachter*, at pp. 705 and 707).

[278] In the case at bar, the legislature is in a far better position than this Court — indeed it is its role — to determine, through research and study, what the appropriate mechanism is to provide persons found NCRMD with the opportunity for exemption, who has the necessary expertise to grant those exemptions, and which factors ought to inform that inquiry. Indeed, there are a plethora of options for the legislature to choose from. Our colleague even acknowledges as much:

... reading in an individualized assessment requirement would intrude on the legislative sphere — there are many ways to provide for such an assessment and “it is the legislature’s role to fill in the gaps, not the court’s” (*Schachter*, at p. 705). [Emphasis added; para. 165.]

(See also para. 183.)

semble créer une *présomption en faveur* d’exemptions individuelles dans tous les cas (« si, à tous autres égards, une exemption constitue une réparation convenable et juste, les demandeurs devraient être exemptés des suspensions s’il n’existe aucun motif impérieux de ne pas leur accorder une telle réparation » (par. 152)). Nous tenons par conséquent à mentionner deux raisons importantes pour lesquelles nous estimons qu’il ne convient pas d’accorder une exemption individuelle en l’espèce et, partant, pourquoi il est imprudent d’établir une telle présomption et de faire fi des sages enseignements des arrêts *Schachter*, *Demers* et *Ferguson*.

[277] Premièrement, dans la présente affaire, comme dans la plupart des autres, l’élaboration d’une exemption individuelle déborde le cadre de la compétence du tribunal et empiète sur ce qui est au fond une question que doit résoudre le législateur. Notre Cour a depuis longtemps bien précisé que c’est au législateur et non aux tribunaux qu’il appartient de combler les lacunes des lois inconstitutionnelles (*Hunter c. Southam*, p. 169; voir également *Schachter*, p. 705 et 707).

[278] Dans le cas qui nous occupe, le législateur est bien mieux placé que notre Cour — et c’est d’ailleurs son rôle — pour décider, après avoir effectué des recherches et étudié la question, quel est le mécanisme qui convient le mieux pour offrir aux personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux la possibilité de bénéficier d’une exemption. C’est lui qui possède l’expertise nécessaire pour accorder cette exemption et pour déterminer quels facteurs devraient guider cette analyse. En effet, le législateur dispose d’une vaste gamme d’options. Même notre collègue le reconnaît :

... une interprétation large de la *Loi Christopher* selon laquelle cette loi exige qu’une évaluation individuelle soit réalisée empiéterait sur le domaine législatif. En effet, il y a maintes façons de procéder à une telle évaluation et « [i] appartient [...] aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes » (*Schachter*, p. 705). [Nous soulignons; par. 165.]

(Voir aussi par. 183.)

[279] The Court of Appeal similarly notes that, because the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10 (“*SOIRA*”), has been invalidated in Ontario, the Ontario legislature and Parliament will have to consult one another as to the best way to provide exemptions for those unconstitutionally affected:

There are several ways in which Parliament and the Ontario legislature could make the sex offender registry legislation compliant with s. 15(1) of the *Charter*. Those choices engage various policy considerations. There is also a need for a co-ordinated response by the two legislative bodies. The evaluation of those policy considerations and the mechanics of implementing a co-ordinated response are best left to Parliament and the legislature. [2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161, at para. 150]

[280] However, while acknowledging “reading in an individualized assessment requirement would intrude on the legislative sphere” (para. 165), our colleague effectively does just that by granting an individual exemption to Mr. G. Our reading-in jurisprudence teaches us that “if it is not clear that Parliament would have passed the scheme with the modifications being considered by the court” (in this case, allowing *courts* to determine who should and should not be on the *Christopher’s Law* registry), “then for the court to make these modifications would represent an inappropriate intrusion into the legislative sphere” (*Ferguson*, at para. 51 (see also para. 50); see also *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paras. 74-75). Put differently, in attempting to provide an effective remedy, courts must not “leap into the kind of decisions and functions for which [their] design and expertise are manifestly unsuited” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 57). This concern, and the related need to avoid dictating the content of new legislation, should govern our decisions on whether to issue an individual exemption (Roach, *Constitutional Remedies*, at § 14.901).

[279] La Cour d’appel fait elle aussi remarquer que, comme la *Loi sur l’enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10 (« *LERDS* »), a été invalidée en Ontario, la législature ontarienne et le Parlement devront se consulter pour trouver la meilleure façon d’accorder des exemptions aux personnes touchées par les dispositions législatives inconstitutionnelles :

[TRADUCTION] Le Parlement et la législature ontarienne disposent de plusieurs moyens pour rendre la loi sur le registre des délinquants sexuels conforme au par. 15(1) de la *Charte*. Ces options font intervenir diverses considérations de principe. Il est également nécessaire que les deux corps législatifs coordonnent leur réponse. Il est préférable de laisser au Parlement et à la législature le soin d’évaluer ces considérations de principe et d’arrêter les modalités de la mise en œuvre d’une stratégie coordonnée. [2019 ONCA 264, 145 O.R. (3d) 161, par. 150]

[280] Cependant, même si elle reconnaît qu’« une interprétation large [exigeant] [. . .] une évaluation individuelle [. . .] empiéterait sur le domaine législatif » (par. 165), c’est précisément ce que fait notre collègue en accordant une exemption individuelle à M. G. Notre jurisprudence sur l’interprétation large nous enseigne que « [s]’il n’est pas clair que le législateur aurait édicté la disposition avec les modifications envisagées par le tribunal » (en l’espèce, en permettant aux *tribunaux* de décider qui devrait ou non figurer au registre de la *Loi Christopher*), « le tribunal empiéterait de façon injustifiée sur le domaine législatif en les introduisant » (*Ferguson*, par. 51 (voir également par. 50); voir également *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 74-75). Autrement dit, lorsqu’il cherche à accorder une réparation efficace, le tribunal ne doit pas « se lance[r] dans des types de décisions ou de fonctions pour lesquelles il n’est manifestement pas conçu ou n’a pas l’expertise requise » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 57). Cette préoccupation — et la nécessité connexe d’éviter de dicter la teneur de la nouvelle loi — devrait guider nos décisions sur l’opportunité d’accorder une exemption individuelle (Roach, *Constitutional Remedies*, § 14.901).

[281] The legislature may, for example, conclude that only the Ontario Review Board has the requisite expertise to determine whether a person who has been absolutely discharged should be subject to *Christopher's Law*, and that courts are institutionally ill-suited to make any legitimate assessment of persons found NCRMD. Indeed, as J. Barrett and R. Shandler observe, “courts simply lack the medical expertise and institutional knowledge necessary” to assess the dangerousness of a person found NCRMD (*Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (loose-leaf), at §11.1(a)(i)(B), citing *R. v. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (Ont. C.A.), at para. 39; see also *Ferguson* (Ont. C.A.), at para. 11). This is particularly true in the case of sexual offences, given that, according to the evidence of the appellant’s expert, Dr. Hanson, it often takes considerable time for sexual recidivism to manifest. Dr. Hanson, whose evidence was accepted by the application judge, testified that while most non-sexual recidivists will be identified within five years, new sexual recidivists are identified even after long periods, with studies showing that recidivism rates increase significantly after 10 years of being offence-free. This aligns with our collective knowledge that sexual offences, for various reasons, “can all too often be invisible to society” and remain undiscovered for years (*Friesen*, at para. 67).

[282] In light of these considerations, it seems to us profoundly ill-advised for this Court to short-circuit the legislative process and gift unto itself the ability to grant exemptions from the registry, even for Mr. G and even temporarily.

[283] To be clear, we do not say that Mr. G is likely to reoffend. Our point is simply that what Mr. G has shown is that persons found NCRMD who have been granted absolute discharges are

[281] Le législateur peut, par exemple, conclure que seule la Commission ontarienne d’examen possède l’expertise nécessaire pour décider si une personne qui a bénéficié d’une libération inconditionnelle devrait être assujettie à la *Loi Christopher*, et il peut estimer que les tribunaux sont institutionnellement mal outillés pour évaluer comme il se doit les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. En effet, comme le font observer J. Barrett et R. Shandler, [TRADUCTION] « les tribunaux n’ont tout simplement pas les connaissances médicales et institutionnelles nécessaires » pour évaluer la dangerosité d’une personne déclarée non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux (*Mental Disorder in Canadian Criminal Law* (feuilles mobiles), §11.1(a)(i)(B), citant *R. c. Peckham* (1994), 93 C.C.C. (3d) 443 (C.A. Ont.), par. 39; voir également *Ferguson* (C.A. Ont.), par. 11). Cela est particulièrement vrai dans le cas des infractions d’ordre sexuel, compte tenu du fait que, selon le témoignage de l’expert de l’appelant, le Dr Hanson, il faut souvent beaucoup de temps avant qu’un délinquant sexuel ne récidive. Le Dr Hanson, dont le témoignage a été accepté par le juge de première instance, a expliqué que, bien que la plupart des récidivistes non sexuels se manifestent à nouveau dans les cinq ans, il faut attendre encore plus longtemps avant de découvrir qu’un délinquant sexuel a récidivé, ajoutant que des études démontrent que le taux de récidive augmente sensiblement après dix ans sans infraction. Ces conclusions concordent avec nos connaissances collectives suivant lesquelles, pour diverses raisons, les infractions d’ordre sexuel « peu[vent] être trop souvent invisible[s] à la société » et demeurer inconnues pendant des années (*Friesen*, par. 67).

[282] À la lumière de ces considérations, il nous semble profondément malavisé que notre Cour court-circuite le processus législatif et s’arroge le pouvoir d’accorder des exemptions à l’obligation d’être inscrit au registre, même dans le cas de M. G, et ce, même temporairement.

[283] Pour être clairs, loin de nous l’idée de dire que M. G est susceptible de récidiver. Nous faisons simplement remarquer que le cas de M. G démontre que les personnes déclarées non responsables

entitled to “opportunities for exemption and removal” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 161), and that this Court cannot assume for itself the mantle of deciding what form these opportunities should take. In other words, the “benefit of [Mr. G’s] success” (*ibid.*, at para. 182) is that, like those who are found guilty of a sexual offence, he is entitled to the *opportunity* for exemption and removal from the registry, not that he must *necessarily* be removed.

[284] We are, further, in respectful disagreement with our colleague’s rationale that judges “are well-suited to deciding and frequently charged with making determinations” such as the one she has made for Mr. G (para. 181). Our colleague points specifically to termination and exemption orders in respect of a person subject to *SOIRA* under ss. 490.016(1) and 490.023(2) of the *Code* (para. 181). Without deciding the issue, we note that appellate courts have concluded that the “very high” standard (*R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, at para. 43) to be met by an applicant seeking a termination or exemption order pursuant to these sections *does not* focus on risk. Instead, it focuses on those rare cases where the applicant’s unique circumstances make the impact of registration on their liberty and privacy interests particularly severe and something more than “the normal inconvenience [someone] would incur in complying with the requirements of registration” (*R. v. R.L.*, 2007 ONCA 347, at para. 7 (CanLII); see also paras. 2-6 and 8; see also *R. v. Debidin* (2008), 94 O.R. (3d) 421, at paras. 32, 68, 70 and 80; *Redhead*, at paras. 3, 21, 31 and 37-43). The Court of Appeal for Ontario, for example, has concluded that “[i]t is error to enhance the impact on an offender or to dilute the public interest in registration on the basis of a diminished risk of recidivism. Indeed, it may be open to question whether accurate forecasts of the unlikelihood of recidivism can even be made [by courts]” (*Debidin*, at para. 70). Moreover, we find our colleague’s reference to judicial discretion under *SOIRA* particularly curious, given that Parliament has amended s. 490.012(4) of the *Code*, thereby

criminellement pour cause de troubles mentaux qui ont obtenu une libération inconditionnelle ont le droit de se voir offrir « la possibilité d’être dispensées de l’obligation de s’inscrire au registre et d’être retirées de celui-ci » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 161), et que notre Cour ne peut s’approprier la charge de décider de la façon dont cette possibilité devrait leur être offerte. En d’autres termes, « l’avantage [pour M. G] d’avoir eu gain de cause » (*ibid.*, par. 182) réside dans le fait qu’à l’instar des personnes reconnues coupables d’une infraction d’ordre sexuel, il a droit à la *possibilité* de bénéficier d’une exemption et d’être retiré du registre, et non qu’il doit *nécessairement* en être retiré.

[284] En outre, nous sommes respectueusement en désaccord avec le raisonnement de notre collègue selon lequel les juges « sont bien placés pour rendre des décisions et sont souvent appelés à tirer des conclusions » comme celle à laquelle est parvenue notre collègue au sujet de M. G (par. 181). Elle cite expressément le cas des ordonnances de révocation ou de dispense prononcées à l’endroit des personnes assujetties à la *LERDS* en application des par. 490.016(1) et 490.023(2) du *Code* (par. 181). Sans trancher la question, nous tenons à signaler que des juridictions d’appel ont conclu que la norme [TRADUCTION] « très exigeante » (*R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206, par. 43) que doit respecter le demandeur sollicitant une ordonnance de révocation ou de dispense en vertu de ces articles *n’est pas* axée sur le risque. Elle s’attache plutôt aux rares cas dans lesquels la situation unique du requérant fait en sorte que son inscription au registre a des conséquences particulièrement graves sur son droit à la liberté et au respect de sa vie privée et déborde [TRADUCTION] « les inconvénients normaux que les exigences de l’inscription au registre causent à [une personne] » (*R. c. R.L.*, 2007 ONCA 347, par. 7 (CanLII); voir aussi par. 2-6 et 8; voir aussi *R. c. Debidin* (2008), 94 O.R. (3d) 421, par. 32, 68, 70 et 80; *Redhead*, par. 3, 21, 31 et 37-43). Par exemple, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que [TRADUCTION] « [c]’est une erreur d’alourdir les répercussions que subit un délinquant ou de diluer l’intérêt du public à ce que le délinquant soit inscrit au registre compte tenu du risque moins élevé de récidive. On peut d’ailleurs se demander si [les tribunaux] sont

eliminating the possibility for a sentencing judge to refuse to issue an order to comply with the registry (see *Protecting Victims from Sex Offenders Act*, S.C. 2010, c. 17, at s. 5).

[285] The other two examples our colleague offers, discharges under s. 730 and record suspensions issued by the Parole Board of Canada (not courts) under s. 4.1(1) of the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, do not — as she amply recognizes throughout her reasons — apply to or address the unique circumstances of persons found NCRMD. In any event, these are all modes of assessment that Parliament, not courts, has deemed appropriate.

[286] In conclusion, and with respect, there are unresolved contradictions in our colleague’s reasoning. She accepts that this Court does not have the institutional competence to craft a new regime that would determine who should be on the registry and who should not, evidenced by her decision to issue a declaration of invalidity and not some other remedy. Yet, this decision is ultimately “at cross-purposes” (*Hislop*, at para. 92) with her conclusion that this Court, and thereby other courts, has the institutional competence to assess for itself the level of risk posed by persons found NCRMD and to issue corresponding exemptions.

[287] We add a second reason for not granting an individual exemption here, and generally against establishing a presumption in favour of doing so. Granting an individual exemption in this case, as

en mesure de faire des prédictions justes en matière de probabilité de récidive » (*Debidin*, par. 70). En outre, nous trouvons particulièrement curieux le fait que notre collègue mentionne le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par la *LERDS*, vu que le Parlement a modifié le par. 490.012(4) du *Code*, éliminant par le fait même la possibilité pour le juge chargé de la détermination de la peine de refuser de rendre une ordonnance de se conformer au registre (voir la *Loi protégeant les victimes des délinquants sexuels*, L.C. 2010, c. 17, art. 5).

[285] Les deux autres exemples que notre collègue propose, en l’occurrence l’absolution prévue à l’art. 730 et la suspension du casier judiciaire accordée par la Commission nationale des libérations conditionnelles (et non par les tribunaux) en vertu du par. 4.1(1) de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47, ne s’appliquent pas ou ne répondent pas — comme elle le reconnaît amplement dans ses motifs — à la situation unique des personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. En tout état de cause, ce sont toutes là des méthodes d’évaluation qui ont été jugées adéquates par le Parlement et non par les tribunaux.

[286] En conclusion, et avec égards, le raisonnement de notre collègue est entaché de contradictions non résolues. Elle reconnaît que notre Cour n’a pas la compétence institutionnelle voulue pour élaborer un nouveau régime qui déterminerait qui devrait être inscrit au registre et qui ne devrait pas l’être, comme en témoigne sa décision de prononcer une déclaration d’invalidité au lieu de toute autre réparation. Pourtant, cette décision « contredirait » (*Hislop*, par. 92) en fin de compte sa conclusion suivant laquelle notre Cour, et par conséquent d’autres tribunaux, a la compétence institutionnelle voulue pour évaluer le risque que présentent les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux et pour accorder les exemptions qui en découlent.

[287] Il y a selon nous une deuxième raison de ne pas accorder d’exemption individuelle en l’espèce, et qui milite, de façon générale, contre l’établissement d’une présomption en faveur d’une telle exemption.

in most cases, raises concerns of horizontal unfairness — that is, of treating the litigant better than others who are similarly situated. It is, in our respectful view, inappropriate to reward (even temporarily) only the litigant who was able to fund extensive constitutional litigation. There are undoubtedly other persons found NCRMD — perhaps those who are more vulnerable, or have committed less egregious offences than Mr. G — who are just as, if not more, in need of relief.

[288] Our colleague responds that “the claimant is not in the same position as others subject to the impugned law in a key respect: [he] has done the public interest a service by ensuring that an unconstitutional law is taken off the books” (para. 148). Respectfully, we are unconvinced that there exists any principled reason why an individual constitutional remedy ought to become a device to reward a successful litigant for “brav[ing] the storm of constitutional litigation” (para. 142). The fact that a litigant has prevailed will entitle them to judgment in their favour, and may also entitle them to an order for costs to indemnify them for expenses sustained (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 21). But in a constitutional case involving the validity of a statute of *general* applicability, a litigant should not be entitled to a better or more immediate constitutional remedy than all other persons similarly situated merely because they brought the case. As this Court recognized in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, many members of our society, particularly the marginalized, are simply “unable to participate in a court challenge” for various reasons beyond cost, such as “risk of public exposure [and loss of privacy], fear for [their] personal safety, and the potential loss of social services, income assistance . . . and [future education or] employment opportunities” (paras. 6 and 71). Several of these factors, in addition

Accorder une exemption individuelle dans le cas qui nous occupe suscite, comme dans la plupart des cas, la crainte d’une iniquité horizontale, c’est-à-dire la crainte que le plaideur bénéficie d’un traitement plus favorable que celui réservé aux autres personnes qui se trouvent dans une situation semblable. À notre avis, il ne convient pas de récompenser (même temporairement) uniquement le plaideur qui a été en mesure de financer un litige constitutionnel de grande envergure. Il y a sans aucun doute d’autres personnes qui ont été déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux — et qui sont peut-être plus vulnérables que M. G ou qui ont commis des infractions moins graves que lui — qui ont tout autant, sinon plus, besoin que lui d’une mesure de réparation.

[288] Notre collègue rétorque que « le demandeur ne se trouve pas dans la même situation que les autres personnes assujetties à la loi contestée sous un rapport clé : [il] a servi l’intérêt du public en faisant en sorte qu’une loi inconstitutionnelle soit invalidée » (par. 148). Avec égards, nous ne sommes pas convaincus qu’il existe une raison de principe pour laquelle une réparation constitutionnelle individuelle devrait devenir un moyen de récompenser le plaideur qui a obtenu gain de cause pour avoir « bravé la tempête d’un litige constitutionnel » (par. 142). Le fait que le plaideur a triomphé lui donne droit à un jugement en sa faveur, et peut-être aussi à une adjudication de dépens l’indemnisant des dépenses qu’il a engagées (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 21). Mais dans une affaire constitutionnelle portant sur la validité d’une loi d’application *générale*, un plaideur ne devrait pas avoir droit à une réparation constitutionnelle meilleure ou plus immédiate que toute autre personne se trouvant dans une situation semblable du seul fait qu’il a intenté l’action. Comme l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, un grand nombre de citoyens, en particulier ceux qui sont marginalisés, sont tout simplement « incapable[s] de participer à une contestation judiciaire » pour diverses raisons autres qu’une question de coûts, notamment en raison « des risques liés à une exposition publique [et

to the “stigmatizing, prejudicial notions [that have] led to profound disadvantage for individuals living with mental illnesses” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 62), have no doubt encumbered persons found NCRMD from challenging *Christopher’s Law*. Considered in this light, our colleague’s justification for individual exemptions falls away.

[289] Further, it is worth considering what is to happen if a legislature ultimately decides to deem court-ordered exemptions inappropriate in its future regime. Here the risk of horizontal unfairness, which is associated with the rule of law, and of “creating further inequities” in the process (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 179) looms large, since this leaves all other persons found NCRMD in an inferior position relative to Mr. G, who received a special court-ordered exemption from which they are precluded (see K. Roach, “Dialogic Judicial Review and its Critics” (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49, at p. 84).

[290] In our colleague’s view, a claimant should only be denied an individual exemption for a “compelling reason” (para. 149). She offers two examples. First, an individual exemption should be denied only where it “would undermine the interest motivating the suspension in the first place” (para. 150). She says that, where a declaration is suspended to protect public safety, an individual exemption would be inappropriate if it would endanger public safety. But again, judges are not well-suited to conduct an individualized assessment as to whether an exemption would endanger public safety in cases such as this one, whether evidence of the individual claimant’s situation is available or not.

à une atteinte à leur vie privée], de la crainte pour [leur] sécurité personnelle et de la perte éventuelle de services sociaux, d’aide au revenu, de clientèle et de possibilités [futures] d’emploi [ou d’études] » (par. 6 et 71). Plusieurs de ces facteurs, en plus des « stigmates et préjugés qui [. . .] ont eu pour effet d’imposer un désavantage considérable [aux personnes souffrant de troubles mentaux] » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 62), ont indéniablement empêché les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux de contester la *Loi Christopher*. Envisagée sous cet angle, la justification invoquée par notre collègue pour accorder des exemptions individuelles ne tient plus.

[289] En outre, il convient de réfléchir sur ce qui arriverait si le législateur décidait au final de désavouer les exemptions ordonnées par un tribunal dans le régime qu’il instaurerait. Il existerait en pareil cas un risque élevé de provoquer une iniquité horizontale, laquelle est associée à la primauté du droit, et, ce faisant, de « créer de nouvelles inégalités » (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 179), car toutes les autres personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux se retrouveraient dans une position inférieure par rapport à celle de M. G, qui aurait bénéficié d’une exemption judiciaire spéciale qui leur est refusée (voir K. Roach, « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *S.C.L.R.* (2d) 49, p. 84).

[290] De l’avis de notre collègue, on devrait refuser au demandeur une exemption individuelle uniquement pour une « raison impérieuse » (par. 149). Elle donne deux exemples. Dans le premier, une exemption individuelle ne devrait être refusée que si elle minerait l’intérêt qui motive d’emblée la suspension (par. 150). Selon elle, lorsque l’effet d’une déclaration est suspendu afin de protéger la sécurité du public, une exemption individuelle serait inopportune si elle met en danger la sécurité du public. Mais là encore, les juges sont mal placés pour effectuer une évaluation individualisée en vue de décider si une exemption compromettrait la sécurité du public dans des cas comme celui qui nous occupe, qu’ils disposent ou non d’une preuve au sujet de la situation du demandeur concerné.

[291] Secondly, our colleague says that an individual exemption should be denied where practical considerations such as “judicial economy” (para. 151) make it inappropriate to grant one. She offers the example of a large group of claimants, where it might be impractical or impossible to conduct the individualized assessments necessary to grant individual exemptions to each claimant. We agree that in cases involving a large number of claimants, a court might be disinclined to conduct multiple individual assessments. Indeed, such reticence might well be apt in cases involving a *single* claimant, where — as here — the Court lacks the competence to conduct even a single assessment. This suggests a converse danger, which is that a court confronted with multiple claimants could — as our colleague does in this case — simply skate over the assessments and grant exemptions all around. All that said, we observe that our colleague gives no guidance as to how the practical considerations she raises might, in a difficult case, be weighed against the supposed constitutional imperatives she identifies.

[292] Respectfully, we view our colleague’s reasons on the matter of an individual exemption, considered in their totality, as internally inconsistent. First, they acknowledge that “tailored remedies should only be granted when a court can fairly conclude that the legislature would have enacted the law as it would be modified by the court” (para. 103), and that “although courts are capable of determining what the Constitution requires, they are not well-suited to making ‘*ad hoc*’ choices from a variety of options” (para. 115 (citation omitted)). Then, without *any* evidence of the legislature’s intention and without *any* expert assessment of Mr. G,¹⁴ they grant him an individual exemption. Our colleague’s

¹⁴ We highlight that no forensic risk assessment was ever made as to Mr. G. The respondent’s expert Dr. Brink, did not examine the respondent, nor did the appellant’s expert Dr. Hanson. The only witness who assessed the respondent was his treating physician, who had no expertise in forensic assessment and who was found by both courts below to be unreliable (A.G.O. factum, at para. 96; Sup. Ct. reasons, at paras. 64–68; C.A. reasons, at paras. 48–49).

[291] Dans le deuxième exemple, notre collègue affirme qu’il y a lieu de refuser une exemption individuelle s’il est inopportun d’en accorder une en raison de considérations pratiques telle l’« économie des ressources judiciaires » (par. 151). Elle donne l’exemple d’un groupe important de demandeurs où il ne serait pas pratique — ni même possible — de procéder aux évaluations individuelles nécessaires pour accorder des exemptions à chacun d’eux. Nous convenons que, dans les cas mettant en cause un nombre important de demandeurs, le tribunal sera peut-être peu enclin à effectuer de multiples évaluations individuelles. D’ailleurs, pareille réticence pourrait fort bien être de mise dans les cas où il y a un *seul* demandeur lorsque — comme en l’espèce — la Cour n’a pas compétence pour effectuer ne serait-ce qu’une seule évaluation. Cela dénote le péril inverse : le tribunal en présence de nombreux demandeurs pourrait — comme le fait notre collègue dans la présente affaire — esquiver simplement les évaluations et accorder des exemptions à l’ensemble des demandeurs. Cela dit, nous constatons que notre collègue ne fournit aucune orientation sur la manière dont ces considérations pratiques pourraient être pondérées dans un cas épineux avec les supposés impératifs constitutionnels dont elle parle.

[292] Avec égards, nous estimons que, dans l’ensemble, les motifs de notre collègue sur la question de l’exemption individuelle souffrent d’incohérences internes. Ils reconnaissent tout d’abord que « des réparations adaptées ne devraient être accordées que lorsqu’un tribunal peut équitablement conclure que le législateur aurait adopté les modifications que le tribunal apporterait à la loi » (par. 103), et que « même si les tribunaux sont en mesure de déterminer les exigences de la Constitution, ils ne sont pas aptes à faire “des choix particuliers entre diverses options” » (par. 115 (référence omise)). Puis, sans *la moindre* preuve quant à l’intention du législateur et sans *aucune* évaluation de M. G par un expert¹⁴, ils

¹⁴ Soulignons que M. G n’a jamais fait l’objet d’une évaluation médico-légale des risques qu’il présentait. L’expert de l’intimé, le D^r Brink, n’a pas examiné l’intimé, pas plus que l’expert de l’appellant, le D^r Hanson. Le seul témoin qui a évalué l’intimé est son médecin traitant, qui n’avait aucune compétence spécialisée en matière d’évaluation médico-légale et que les deux juridictions inférieures ont jugé peu fiable (mémoire du P.G.O., par. 96; motifs de la C.S., par. 64–68; motifs de la C.A., par. 48–49).

statements that “the legislature may choose from a range of policy options” (para. 70) or “any form of individualized assessment” (para. 162) are undermined by her later conjecture that it will be “highly unlikely” that Mr. G will be caught by the new legislation (para. 183). In this way, our colleague has usurped the legislative function and is legislating not just in effect, but in fact. In reality, amended legislation may capture Mr. G, or it may not — it is not the role of the judiciary to postulate on whether or how the legislature will respond.

[293] In the end, the proliferation of individual exemptions is simply the unfortunate upshot of failing to properly confine the use of suspended declarations (see Karakatsanis J.’s reasons, at para. 146: “it is a court’s decision to grant a suspension that makes the individual remedy necessary”). We would reject our colleague’s *post-hoc* solution that “[i]ndividual exemptions can temper any further disincentive caused by suspensions” (para. 148). Rather, the more appropriate response is to closely circumscribe the use of suspended declarations, as mandated by the Constitution. Once suspended declarations are properly limited to the exceptional situations where the rule of law is imperilled, the concern for providing an immediate remedy to the claimant fades.

V. Conclusion

[294] For all these reasons, we are unable to join our colleague’s reasons, which to us represent an unbridled expansion of judicial discretion, with regard to issuing both suspended declarations and individual exemptions. We agree with our colleague that *Christopher’s Law* infringes Mr. G’s *Charter* right to equal treatment under the law, and that the declaration of invalidity was properly suspended. However, the suspension should be constitutionally grounded in the principle of the rule of law and the

accordent à ce dernier une exemption individuelle. L’affirmation de notre collègue suivant laquelle « le législateur peut choisir parmi une gamme d’options stratégiques » (par. 70) ou opter pour une « évaluation individuelle » (par. 162) est ébranlée par son hypothèse ultérieure selon laquelle il est « très peu probable » que M. G soit assujéti à la nouvelle loi (par. 183). Notre collègue usurpe ainsi le rôle du législateur et légifère non pas seulement par effet, mais dans les faits. En réalité, peu importe que la loi modifiée vise ou non M. G, il n’appartient pas aux tribunaux de conjecturer sur la suite que le législateur y donnera, le cas échéant.

[293] En fin de compte, la prolifération d’exemptions individuelles n’est que le résultat malheureux d’un mauvais encadrement du recours à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité (voir les motifs de la juge Karakatsanis, par. 146 : « la nécessité de la réparation individuelle découle de la décision du tribunal de suspendre l’effet de la déclaration en cause »). Nous sommes d’avis de rejeter la solution proposée après coup par notre collègue selon laquelle « [l]es exemptions individuelles peuvent également atténuer tous les autres facteurs de dissuasion attribuables à la suspension de l’effet de déclarations » (par. 148). La solution la plus indiquée consiste plutôt à circonscrire étroitement le recours à la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité, comme l’exige la Constitution. Une fois qu’on a restreint à juste titre la suspension de l’effet de déclarations d’invalidité aux situations exceptionnelles dans lesquelles la primauté du droit est en péril, le souci d’accorder une réparation immédiate au demandeur s’estompe.

V. Conclusion

[294] Pour tous ces motifs, il nous est impossible de souscrire aux motifs de notre collègue, qui représentent selon nous un élargissement débridé du pouvoir discrétionnaire des juges, tant en matière de suspension de l’effet de déclarations d’invalidité que d’octroi d’exemptions individuelles. Nous sommes d’avis, tout comme notre collègue, que la *Loi Christopher* porte atteinte au droit à l’égalité de traitement devant la loi conféré à M. G par la *Charte*, et que l’effet de la déclaration d’invalidité

threat to public safety that would manifest otherwise. Consistent with *Manitoba Reference*, at p. 769, we would have invited submissions from the Attorney General of Ontario as to the minimum period necessary for *Christopher's Law* to be made constitutionally compliant. In the absence of that evidence, we would simply uphold the 12-month suspension of the declaration of invalidity. Consistent with the limited role of the judiciary vis-à-vis the legislature, we would not grant the respondent an individual exemption from that suspension. We would therefore allow the appeal in part.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Swadron Associates Barristers & Solicitors, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Presser Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Empowerment Council: Anita Szigeti Advocates, Toronto; Morpew Symes Menchynski Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Embry Dann, Toronto; Weisberg Law, Toronto.

Solicitor for the intervener David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Mental Health Association, Ontario: McCarthy Tétrault, Toronto.

a été suspendu à bon droit. Toutefois, la suspension devrait reposer constitutionnellement sur le principe de la primauté du droit et la menace à la sécurité publique qui se manifesterait faute de suspension. Conformément au *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 769, nous aurions invité le procureur général de l'Ontario à nous faire part de ses observations quant à la période minimale nécessaire pour rendre la *Loi Christopher* conforme à la Constitution. À défaut de preuve en ce sens, nous sommes d'avis de simplement confirmer la suspension, pour 12 mois, de l'effet de la déclaration d'invalidité. Compte tenu du rôle limité du pouvoir judiciaire vis-à-vis le pouvoir législatif, nous sommes d'avis de ne pas accorder à l'intimé d'exemption individuelle de cette suspension. Nous accueillerons donc le pourvoi en partie.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CÔTÉ et BROWN sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Swadron Associates Barristers & Solicitors, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Presser Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Empowerment Council : Anita Szigeti Advocates, Toronto; Morpew Symes Menchynski Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Criminal Lawyers Association (Ontario) : Embry Dann, Toronto; Weisberg Law, Toronto.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : University of Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale, Ontario : McCarthy Tétrault, Toronto.

1991 CarswellMan 201

Supreme Court of Canada

Please see in particular para. 31

Pearlman v. Law Society (Manitoba)

1991 CarswellMan 201, 1991 CarswellMan 284, [1991] 2 S.C.R. 869,
[1991] 6 W.W.R. 289, [1991] S.C.J. No. 66, 130 N.R. 121, 29 A.C.W.S.
(3d) 406, 2 Admin. L.R. (2d) 185, 6 C.R.R. (2d) 259, 6 W.A.C. 81, 75
Man. R. (2d) 81, 84 D.L.R. (4th) 105, J.E. 91-1507, EYB 1991-67159

**DAVID MORLEY PEARLMAN v. MANITOBA LAW SOCIETY JUDICIAL
COMMITTEE, ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, ATTORNEY GENERAL
OF QUEBEC, ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA, ATTORNEY GENERAL
OF BRITISH COLUMBIA and ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN**

Lamer C.J.C., La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

Heard: May 7, 1991

Judgment: September 26, 1991

Docket: Doc. 21671

Counsel: *Sidney Green, Q.C.*, for appellant.

Jannine LeMere, for respondent.

Lori R. Sterling, for intervenor the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau, for intervenor the Attorney General of Quebec.

Donna J. Miller, for intervenor the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, for intervenor the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, for intervenor the Attorney General for Saskatchewan.

Subject: Public; Civil Practice and Procedure

Headnote

Barristers and Solicitors --- Organization and regulation of profession — Disciplinary proceedings — What constituting misconduct

Barristers and Solicitors --- Organization and regulation of profession — Disciplinary proceedings — Disciplinary proceedings before Law Society — Jurisdiction of Law Society

Barristers and Solicitors --- Organization and regulation of profession — Disciplinary proceedings — Disciplinary proceedings before Law Society — Procedure — Bias

Administrative law — Natural justice — Bias — Reasonable apprehension of bias — Section 52(4) of Law Society Act providing that costs may be awarded against lawyer found guilty of professional misconduct — Test of "reasonable apprehension of bias" being whether reasonably

well-informed person would consider official's personal interest might influence exercise of public duty — Court applying test in context of law society as self-regulating profession with structure for maintaining discipline and standards of conduct — Costs constituting direct reimbursement of expenses previously incurred — Costs becoming property of law society as a whole — Costs constituting miniscule benefit to individual official even if applied to bar fees — Section 52(4) not breaching s. 7 of Charter.

Civil liberties and human rights — Legal rights — Trial within reasonable time — Law society charging solicitor for conduct occurring in 1977, 1978 and 1979 after receiving complaint in 1986 — No unreasonable delay occurring after charges laid — Section 11(b) of Charter not applying to disciplinary matters of regulatory nature carrying no true penal consequences.

Barristers and solicitors — Discipline — Disciplinary proceedings — Jurisdiction of law society — Test for establishing jurisdiction being whether allegations, if proved, could reasonably be regarded as professional misconduct.

Civil liberties and human rights — Legal rights — Life, liberty and security of person — Section 52(4) of Law Society Act providing that costs may be awarded against lawyer found guilty of professional misconduct — Test of "reasonable apprehension of bias" being whether reasonably well-informed person would consider official's personal interest might influence exercise of public duty — Court applying test in context of law society as self-regulating profession with structure for maintaining discipline and standards of conduct — Costs constituting direct reimbursement of expenses previously incurred — Costs becoming property of law society as a whole — Costs constituting miniscule benefit to individual official even if applied to bar fees — Section 52(4) not breaching s. 7 of Charter.

A lawyer was ordered to pay \$1,500 in costs in a civil action to a building inspector. After seven years of trying to collect the award the building inspector advised the law society of the matters leading up to the civil action and the failure to pay costs. The law society took disciplinary proceedings against the lawyer on three counts of "conduct unbecoming a barrister and solicitor" for i) failing to pay the costs; ii) writing menacing and provocative letters; and iii) threatening to bring a criminal prosecution for his civil advantage. The lawyer claimed that s. 52(4) of the *Law Society Act*, which provided that costs of the investigation might be awarded against a lawyer found guilty of professional misconduct, gave those judging disciplinary hearings a pecuniary interest in the outcome. When the judicial committee of the law society ruled that it had jurisdiction the lawyer applied to the Court of Queen's Bench for an order prohibiting the disciplinary proceedings. The court dismissed the application. Upon appeal, the majority of the Court of Appeal upheld the decision of the Court of Queen's Bench, and the lawyer further appealed to the Supreme Court of Canada.

Held:

Appeal dismissed.

In the administrative law context, principles of fundamental justice require that the members of a tribunal be impartial and disinterested. The word "impartial" connotes absence of bias, actual or perceived, and the test is whether a reasonably well-informed person would consider that the

official's personal interest might have an influence on the exercise of the official's public duty. The requirements of fundamental justice depend on the context, including the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. It was in the wider context of self-regulating professions which have set up formal structures for maintaining appropriate discipline and standards of conduct that the reasonable apprehension of bias test should have been applied in this instance. The *Law Society Act* manifestly intends to leave the governance of the legal profession to lawyers and, unless judicial intervention is clearly warranted, this expression of the legislative will is to be respected. If an autonomous law society is to enforce a code of conduct among its members, as required by the public interest, a power to discipline its members is essential. Here, no one was better qualified to say what constituted professional misconduct than a group of practising lawyers who were themselves subject to the law society's rules. The impugned "costs" provision did not create a perception of pecuniary interest sufficient to substantiate a reasonable apprehension of bias. Such costs are a direct reimbursement for expenses previously incurred in an investigation and are in no sense "profits" or "gains." Secondly, costs recouped pursuant to s. 52(4) become the property of the law society as a whole and not of the individual members of the discipline committee. Thirdly, even if all the recouped costs were directly applied in such a manner as to reduce bar fees, such an indirect benefit would amount to at most a few dollars per year. It was unreasonable to suggest that this miniscule indirect benefit might predispose members of the discipline committee towards a finding of guilt. As s. 52(4) of the Act did not violate the principles of fundamental justice, there was no violation of s. 7 of the *Charter*.

The allegations of unreasonable delay and laches should be dismissed as the law society acted with reasonable dispatch once aware of the lawyer's conduct. Section 11(b) of the *Charter* did not apply because the facts of the appeal involved disciplinary matters of a regulatory nature which did not have true penal consequences. The threshold test to establish jurisdiction of the discipline committee is whether the allegations, if proved, could reasonably be regarded as professional misconduct. The discipline committee was properly seized with the disciplinary hearings.

Table of Authorities

Cases considered:

- Bateman v. Assn. of Professional Engineers (Manitoba)* (1984), 9 D.L.R. (4th) 373, 28 Man. R. (2d) 264 (Q.B.) — referred to
- Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, 37 B.C.L.R. 145, [1982] 5 W.W.R. 289, 19 B.L.R. 234, 43 N.R. 451, 137 D.L.R. (3d) 1, 66 C.P.R. (2d) 1 — considered
- Committee for Justice & Liberty v. Canada (National Energy Board)*, [1978] 1 S.C.R. 369, 9 N.R. 115, 68 D.L.R. (3d) 716 — applied
- Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, [1990] 3 W.W.R. 289, 30 C.C.E.L. 237, 43 Admin. L.R. 157, 106 N.R. 17, 83 Sask. R. 81, 69 D.L.R. (4th) 489, 90 C.L.L.C. 14,010 — applied
- Law Society of Manitoba v. Savino*, [1983] 6 W.W.R. 538, 1 D.L.R. (4th) 285, 23 Man. R. (2d) 293, 6 C.R.R. 336 (C.A.) — applied

McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Assn. (1986), 71 N.B.R. (2d) 109, 182 A.P.R. 109 (Q.B.) *considered*

Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City), [1990] 3 S.C.R. 1170, [1991] 2 W.W.R. 145, 46 Admin. L.R. 161, 2 M.P.L.R. (2d) 217, 75 D.L.R. (4th) 385, 116 N.R. 46, 69 Man. R. (2d) 134 — *applied*

R. v. Beare, [1988] 2 S.C.R. 387, [1989] 1 W.W.R. 97, 66 C.R. (3d) 97, 45 C.C.C. (3d) 57, 88 N.R. 205, 71 Sask. R. 1, 36 C.R.R. 90, 55 D.L.R. (4th) 481 — *considered*

R. v. Kalanj, [1989] 1 S.C.R. 1594, [1989] 6 W.W.R. 577, 70 C.R. (3d) 260, 48 C.C.C. (3d) 459, (sub nom. *R. v. Pion*) 96 N.R. 191 — *referred to*

R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309, 80 N.R. 161, 61 C.R. (3d) 1, 82 N.S.R. (2d) 271, 207 A.P.R. 271, 37 C.C.C. (3d) 1, 44 D.L.R. (4th) 193, 32 C.R.R. 41 — *applied*

R. v. Wigglesworth, [1987] 2 S.C.R. 541, [1988] 1 W.W.R. 193, 60 C.R. (3d) 193, 81 N.R. 161, 61 Sask. R. 105, 28 Admin. L.R. 294, 24 O.A.C. 321, 45 D.L.R. (4th) 235, 32 C.R.R. 219, 37 C.C.C. (3d) 385 — *referred to*

Singh v. Canada (Minister of Employment & Immigration), [1985] 1 S.C.R. 177, 12 Admin. L.R. 137, 14 C.R.R. 13, 17 D.L.R. (4th) 422, 58 N.R. 1 — *applied*

Syndicat des employés de production du Québec & de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879, 89 C.L.L.C. 17,022, 62 D.L.R. (4th) 385, 11 C.H.R.R. D/1, (sub nom. *Syndicat des employés de production du Québec & de l'Acadie v. Comm. canadienne des droits de la personne*) 100 N.R. 241 — *applied*

Valente v. R., [1985] 2 S.C.R. 673, 37 M.V.R. 9, 49 C.R. (3d) 97, 23 C.C.C. (3d) 193, 24 D.L.R. (4th) 161, 19 C.R.R. 354, 64 N.R. 1, 14 O.A.C. 79 — *considered*

Statutes considered:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11

s. 1 *referred to*

s. 7 *considered*

s. 11(b) *considered*

Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100 (also C.C.S.M., c. L100)

s. 36(a) *referred to*

s. 36(n) *referred to*

s. 36(o)(xi) *referred to*

s. 36(t) *referred to*

s. 52(1)referred to

s. 52(4)considered

Words and phrases considered:

IMPARTIAL

In [the appellant's] submissions, the possibility of [a perception that the benchers before which he appeared had a pecuniary interest in a finding of guilt of professional misconduct] violates the longstanding policy of administrative impartiality according to which justice must not only be done, but must manifestly be seen to be done. As Le Dain J. noted in *R. v. Valente* (1985), 19 C.R.R. 354 . . . at p.261[:]

The word "impartial" . . . connotes absence of bias, actual or perceived.

PRINCIPLES OF FUNDAMENTAL JUSTICE

As has often been said by this court, the principles of fundamental justice reflect the fundamental tenets on which our legal system is based. Those tenets include, but are not limited to, the rules of natural justice and the duty to act fairly that have been developed over the years in the administrative law context. See J.M. Evans, "The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 Osgoode Hall L.J. 51, at p.55. It seems to me than that when deciding whether a law contravenes s. 7 [of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*], one must examine the impugned legislation to ascertain whether it, viewed in a purposive manner, meets the fundamental precepts reflected in our system of justice.

More specifically, it is well accepted that included in these fundamental principles is the concept of a procedurally fair hearing before an impartial decision-maker. Indeed, Wilson J. said in *Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1985), 14 C.R.R. 13 [(S.C.C.)] . . . that:

. . . at a minimum the concept of "fundamental justice" as it appears in s. 7 of the *Charter* includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917 . . . At p. 923 he said:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice".

Thus, in the administrative law context, principles of fundamental justice include natural justice rules which in turn require that the members of the tribunal be impartial and disinterested . . .

REASONABLE APPREHENSION OF BIAS TEST

This court has recently had occasion to examine the issue of what test is appropriate for assessing the impartiality of the decision-making process. In *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170 . . . Sopinka J., who wrote for the majority, distinguished between cases where decision-makers are disqualified for reasons of prejudice and those where they are disqualified for reasons of personal interest in the outcome. For the latter type of case he suggested (at p. 1198 . . .) that:

[The reasonable apprehension of bias] test would have been appropriate if it had been found that the Councillor had a personal interest in the development, either pecuniary or by reason of a relationship with the developer. In such circumstances, the test is that which applies to all public officials: Would a reasonably well-informed person consider that the interest might have an influence on the exercise of the official's public duty? If that duty is to hear and decide, the test is expressed in terms of a reasonable apprehension of bias.

I am of the view that the "reasonable apprehension of bias test" . . . is the appropriate one to apply to the allegation . . . that the benchers on the judicial committee of the law society are perceived to have an indirect pecuniary interest in the outcome of the disciplinary proceedings.

Appeal by applicant from order of Manitoba Court of Appeal (1989), [1990] 1 W.W.R. 178, 62 D.L.R. (4th) 681, 48 C.R.R. 342, 59 Man. R. (2d) 255, affirming order of Jewers J., [1988] 3 W.W.R. 277, 49 D.L.R. (4th) 42, 51 Man. R. (2d) 151, dismissing application for order of prohibition of disciplinary proceedings.

The judgment of the court was delivered by Iacobucci J.:

1 This appeal [from (1989), [1990] 1 W.W.R. 178, 62 D.L.R. (4th) 681, 48 C.R.R. 342, 59 Man. R. (2d) 255, affirming [1988] 3 W.W.R. 277, 49 D.L.R. (4th) 42, 51 Man. R. (2d) 151] primarily concerns the internal disciplinary proceedings of the Law Society of Manitoba, the professional body to which all lawyers in that province belong. More specifically, the appellant, Mr. D.M. Pearlman ("Pearlman"), attacks, in his principal argument, a feature of those proceedings whereby the costs of an investigation into professional misconduct can be awarded against a lawyer if he or she is found guilty by the respondent judicial committee of the law society. He argues that this provision of the *Law Society Act*, R.S.M. 1987, c. L100 (also C.C.S.M., c. L100), creates a "built-in" apprehension of bias, since those judging the disciplinary hearings will have, or will at least be perceived to have, a pecuniary interest in the outcome and therefore his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* will be violated. Pearlman also raises a number of other issues in support of his position.

Facts

2 Pearlman, a lawyer, was the owner of several properties which were the subject of orders made by the city of Winnipeg requiring that certain repairs and improvements be made to the houses located thereon. Pearlman objected to the manner in which various inspectors employed by the city were dealing with his property. In a series of letters, Pearlman stated his position and indicated the remedies which he intended to pursue, including resort to the remedies available under the *Criminal Code* and taking the matter up with the Attorney General with a view to having a charge laid against a Mr. Lloyd Kirkham, a building inspector with the city of Winnipeg.

3 Pearlman commenced a civil action and undertook himself to serve the statement of claim upon Kirkham. An altercation ensued between Pearlman and Kirkham. When the Crown declined to prosecute Kirkham for assault, Pearlman initiated a private prosecution. Kirkham was convicted of the assault but granted an absolute discharge by the trial judge. Pearlman's appeal against sentence and Kirkham's appeal against conviction were dismissed by the County Court. In dismissing Pearlman's application for leave to appeal, the Court of Appeal for Manitoba directed, on October 26, 1979, Pearlman to pay costs in the amount of \$1,500.

4 Although several proceedings have been launched by Kirkham in an attempt to collect the outstanding \$1,500, Pearlman has continually resisted payment as it is Pearlman's position that the Court of Appeal order was made without jurisdiction and cannot be enforced against him.

5 In October 1986, counsel for Kirkham wrote to the Law Society of Manitoba, enclosing a copy of the Court of Appeal decision and advising that the costs had not been paid. The law society took disciplinary proceedings against Pearlman, citing him on three counts of "conduct unbecoming a barrister and solicitor" for i) his failure to pay the costs in question, ii) writing letters which were "menacing in tone and provocative in nature," and iii) threatening to bring a criminal or quasi-criminal prosecution in order to seek a civil advantage on his own behalf.

6 The matter went before the judicial committee of the law society on the preliminary point of the society's jurisdiction to proceed with the charges. The committee having concluded that it did have jurisdiction, Pearlman filed a motion in the Court of Queen's Bench for an order prohibiting the disciplinary proceedings from being brought against him. The motion was dismissed, as was his subsequent appeal to the Court of Appeal for Manitoba.

Judgments Below

Court of Queen's Bench of Manitoba

8 The first issue before Jewers J. was that of delay. He rejected Pearlman's submission that, as the charges dealt with conduct alleged to have occurred in 1977, 1978 and 1979, the respondent committee was guilty of laches and unreasonable delay in asserting that such conduct was subject to disciplinary measures. He found no evidence that the conduct in question had been drawn to the law society's attention until it received the letter from Kirkham's solicitor, and in his view, the record indicated that the society proceeded with the charges "with reasonable dispatch from the time they learned the facts until the date of the hearing" (p. 155 Man. R.).

9 Jewers J. was also of the opinion that, at this stage of the proceedings, it could not be argued that Pearlman's rights under [s. 11\(b\) of the Charter](#) had been violated or that such rights might in the future be violated. In his view, [s. 11\(b\)](#) does not apply to disciplinary proceedings before professional bodies unless they involve the imposition of true penal consequences and, in the case at bar, no penalty has yet been imposed.

10 Jewers J. rejected Pearlman's submission that the proceedings against him were contrary to natural justice and [the Charter](#) in that the respondent, which claimed the right to levy costs against him if he were found guilty, had a pecuniary interest in finding him guilty. Jewers J. was of the view that the decision in *Bateman v. Assn. of Professional Engineers (Manitoba)* (1984), 9 D.L.R. (4th) 373, 28 Man. R. (2d) 264 (Q.B.), was distinguishable on the basis that, in that case, the by-law enabling that association to levy costs was not specifically authorized by statute while the [Law Society Act](#) expressly empowers the governing body to order a barrister found guilty of misconduct to pay the costs incurred by the society in the proceedings. As a result, he found the reasoning in *Bateman* to be inapplicable to the case at bar.

11 On the question of whether the charges against Pearlman disclosed unprofessional conduct, or misconduct or conduct unbecoming a barrister and solicitor, Jewers J. was of the view that what constitutes professional misconduct is a matter for the benchers to determine "as their decision is based on a professional standard which only they, being members of the profession, can properly apply" (p. 156). Therefore, there was only the threshold question before him of whether the allegations, if proved, could reasonably be regarded as professional misconduct. He concluded that the alleged facts, if true, might indeed support such a finding.

12 Finally, Jewers J. rejected Pearlman's submission that the society's discipline committee, which directed that Pearlman be charged with conduct unbecoming a barrister and solicitor, had "evidenced a demonstrable disposition" against him. The only incident cited by Pearlman in support of this submission involved a complaint lodged by Pearlman against another lawyer which was considered not to be a disciplinary matter. This incident merely demonstrated, in the opinion of Jewers J., that the law society had carefully considered the complaint and had reached the conclusion that it was unfounded.

13 Accordingly, he dismissed the application for prohibition.

Court of Appeal for Manitoba

14 The majority of the Court of Appeal (per Philp J.A., Lyon J.A. concurring) found no error in the reasons or conclusions of the motions judge.

15 On the issue of delay, Philp J.A. dismissed Pearlman's argument that his rights under [s. 11 of the Charter](#) had been violated. The right guaranteed by [s.11\(b\)](#) to be tried within a reasonable time has no application to "private, domestic or disciplinary matters which are regulatory, protective or corrective and which are primarily intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a limited private sphere of activity": *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541 at 560, [1988] 1 W.W.R. 193, 60 C.R. (3d) 193, 81 N.R. 161, 61 Sask. R. 105, 28 Admin. L.R. 294, 24 O.A.C. 321, 45 D.L.R. (4th) 235, 32 C.R.R. 219, 37 C.C.C. (3d) 385, per Wilson J. He noted, as well, that [s. 11](#) protects a person after being charged with an offence and is "not concerned with pre-charge delay": *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, [1989] 6 W.W.R. 577, 70 C.R. (3d) 260, 48 C.C.C. (3d) 459, (sub nom. *R. v. Pion*) 96 N.R. 191. Finally, evidence in the record supported the finding of Jewers J. that there had been no laches or unreasonable delay on the part of the respondent.

16 The majority of the Court of Appeal observed that there was statutory authority for the respondent to order costs and, in its view, where proceedings are conducted in accordance with statutory authority, there is no denial of natural justice. Furthermore, Philp J.A. held that Pearlman did not demonstrate the connection between a potential liability to pay costs in a disciplinary proceeding and a deprivation of "life, liberty and security of the person" under [s. 7 of the Charter](#). Nor had he succeeded in establishing that the respondent's exercise of its statutory authority to make such an award would not accord with the principles of fundamental justice under [s. 7](#).

17 Before the Court of Appeal, Pearlman had again raised the argument that the respondent had indicated a "demonstrable disposition" against him. The majority of the court agreed with the conclusion of Jewers J. that this argument was unfounded.

18 Philp J.A. agreed, as well, with the refusal of the motions judge to look to the merits of the charges against Pearlman of unprofessional conduct, or misconduct or conduct unbecoming a barrister and solicitor. The conclusion of the motions judge that the circumstances alleged, if true, could reasonably be regarded as professional misconduct was amply supported by the record.

19 O'Sullivan J.A. dissented. In his view, the question of the validity of the disciplinary proceedings with respect to the unpaid judgment for costs was required to be considered in the light of [s. 36\(o\)\(xi\) of the Law Society Act](#), which explicitly confers a discretion on the judicial committee to apply a specific sanction for such non-payment, namely, it may refuse to issue

a practice certificate. He found it "untenable ... that the judicial committee may discipline for nonpayment of a judgment when there is specific provision for dealing with nonpayment by the governing body" (p. 259 Man. R.).

20 Insofar as the alleged threatening letters were concerned, O'Sullivan J.A. found no suggestion that Pearlman sought to obtain any advantage from them. He informed Kirkham that, if he did not cease his illegal activities, he would be charged. There was "no suggestion of threat in the charge in order to seek a civil advantage."

21 Concerning the constitutional question before this court, O'Sullivan J.A. was of the view that s. 52(4) of the *Law Society Act* violated s. 7 of the *Charter*. In his opinion, it is now settled that "deprivation of the right to practise law is an interference with liberty" and that such interference can be justified under the *Charter* only in accordance with the principles of fundamental justice, including substantial as well as procedural justice. He took note of the maxim that "no one shall be a judge of his own cause" and stated that the law society is no exception to that rule. Accordingly, it lacks jurisdiction to proceed against a barrister where it is possible that s. 52(4) would be invoked.

Relevant Statutory and Charter Provisions

Law Society Act, R.S.M. 1987, c. L100:

22

36 ...

(o) [the law society may] in its discretion, issue or refuse to issue a practising certificate to a member or issue a practising certificate to a member subject to such terms and conditions as it may deem proper, where the member

(xi) has a judgment given against him involving the the payment of money and being other than a judgment limited to the payment of costs, or in respect of the whole of which he is entitled to indemnity or relief from some other person, or evidence of the satisfaction of which has been produced to the society.

52(4) A barrister, solicitor, or student, who is found guilty of professional misconduct, or of conduct unbecoming a barrister, solicitor, or student, or is found incompetent may be ordered by the governing body to pay, all or any part of, the costs and expenses incurred by the society in and about the investigation into, proceedings upon, and hearing of any subject matter of inquiry or any complaint or charge in respect of which he has been so found guilty or incompetent.

Canadian Charter of Rights and Freedoms:

23

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(b) to be tried within a reasonable time.

Points in Issue

Subsidiary Issues

24 In addition to the constitutional questions stated in this appeal, Pearlman has raised a number of what might be called "subsidiary issues." For the most part, none of these issues are the subject of any major disagreement in the decisions below, and I am of the view that they should be dealt with quite quickly.

25 First of all, the allegations of undue or unreasonable delay and laches should be dismissed. I would adopt the reasons of the courts below in this regard which found that, once aware of Pearlman's conduct, the society had acted with reasonable dispatch. Pearlman also advances his rights to a timely trial under *s. 11(b) of the Charter*, although counsel for Pearlman conceded in oral argument that the post-charge delay is not at issue in this appeal. I find persuasive and agree with the reasoning of the majority in the Court of Appeal below, where two decisions of this court were cited (*R. v. Wigglesworth* and *R. v. Kalanj*, supra) in support of the conclusion that *s. 11(b)* does not apply to the facts of the instant appeal, which, as already noted, involve disciplinary matters of a regulatory nature designed to maintain professional integrity, discipline, and standards and do not have true penal consequences.

26 As for the jurisdiction of the benchers to hear the disciplinary proceedings, I note that courts have recognized that benchers are in the best position to determine issues of misconduct and incompetence. For example, in *Law Society of Manitoba v. Savino*, [1983] 6 W.W.R. 538, 1 D.L.R. (4th) 285, 23 Man. R. (2d) 293, 6 C.R.R. 336, the Court of Appeal said (at pp. 292-93 D.L.R.):

No one is better qualified to say what constitutes professional misconduct than a group of practicing barristers who are themselves subject to the rules established by their governing body.

As noted above, Jewers J. turned his mind to the jurisdictional question, identified the threshold test to be applied (viz., whether the allegations, if proved, could reasonably be regarded as professional

misconduct), and held that the benchers were properly seized with the disciplinary hearings. In doing so, Jewers J. acted correctly in my view and the Court of Appeal agreed with his findings on this issue. Nothing new in this regard was presented before this court, and accordingly, I can see no merit in this ground of appeal.

27 I now turn to a consideration of the main issues presented by this appeal which are found in the constitutional questions stated by the Chief Justice on January 29, 1991 as follows:

1. Does s. 52(4) of the *Law Society Act* of Manitoba, R.S.M. 1987, c. L100, contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 52(4) of the *Law Society Act* of Manitoba, R.S.M. 1987, c. L100, justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Analysis

28 It is helpful at the outset to remember the appropriate approach for an analysis of legislation that is said to violate s. 7 of the *Charter*. La Forest J. noted in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387 at 401, [1989] 1 W.W.R. 97, 66 C.R. (3d) 97, 45 C.C.C. (3d) 57, 88 N.R. 205, 71 Sask. R. 1, 36 C.R.R. 90, 55 D.L.R. (4th) 481, that:

The analysis of s. 7 of the *Charter* involves two steps. To trigger its operation there must first be a finding that there has been a deprivation of the right to "life, liberty and security of the person" and, secondly, that that deprivation is contrary to the principles of fundamental justice.

29 In other words, if no interest in Pearlman's life, liberty or security of the person is implicated, then the analysis stops there and there is no need to continue on to a consideration of the principles of fundamental justice. Correspondingly, if no principle of fundamental justice is contravened, s. 7 is not violated and there is no need to consider whether there has been a deprivation of life, liberty or security of the person.

30 As was proper, the parties and intervenors made submissions on both branches of s. 7. Whether the facts and legislation involved here, or more specifically, whether the right to practise law is embraced by the "right to life, liberty and security of the person" in s. 7 is an extremely important question with equally important ramifications. However, because of the result which I have arrived at, it is not necessary for me to deal with that question. I say this because, in my view, even assuming without deciding a deprivation of a s. 7 interest in the case at bar, s. 52(4) of the *Law Society Act* does not contravene the principles of fundamental justice.

Principles of Fundamental Justice

(i) Introduction: Fundamental Justice Requires Impartial Decision-Makers

31 By way of general comment, there are some basic notions which are absolutely central to the principles of fundamental justice. However, it is neither desirable nor necessary for the purposes of this appeal to attempt an exhaustive enumeration of these. Nor is it clear that that would even be possible without reference to any given judicial or administrative context. As has been often said by this court, the principles of fundamental justice reflect the fundamental tenets on which our legal system is based. Those tenets include, but are not limited to, the rules of natural justice and the duty to act fairly that have been developed over the years in the administrative law context: see J.M. Evans, "The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law" (1991), 29 Osgoode Hall L.J. 51, at p. 55. It seems to me then that when deciding whether a law contravenes s. 7, one must examine the impugned legislation to ascertain whether it, viewed in a purposive manner, meets the fundamental precepts reflected in our system of justice.

32 More specifically, it is well accepted that included in these fundamental principles is the concept of a *procedurally fair hearing* before an *impartial decision-maker*. Indeed, Wilson J. said in *Singh v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, [1985] 1 S.C.R. 177 at 212-13, 12 Admin. L.R. 137, 14 C.R.R. 13, 17 D.L.R. (4th) 422, 58 N.R. 1, that:

... at a minimum the concept of "fundamental justice" as it appears in s. 7 of the *Charter* includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917. At page 923 he said:

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of 'a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice'. Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

[emphasis added]

33 Thus, in the administrative law context, principles of fundamental justice include natural justice rules which in turn require that the members of the tribunal be impartial and disinterested: see de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. (1980), at p. 248. Impartiality of the decision-making body is a critical feature of natural justice which is captured by the Latin maxim, *nemo iudex in causa sua debet esse* — no one should be the judge in his own cause. There are many different factual settings which could place the impartiality of a decision-making body in question. Among such contexts are situations where the decision-makers have or are perceived

to have a pecuniary interest, either direct or indirect, in the outcome of the hearing before them. Another such context is where the relationship of the decision-maker to one of the parties or counsel is sufficiently close to give rise to a reasonable apprehension of bias.

34 In this appeal, the principal argument of Pearlman is that s.52(4) throws doubt on the impartiality of the benchers who hear and decide the matter at the disciplinary proceedings. It is argued that the statutory authority to recoup the costs of an investigation of a lawyer who is eventually found guilty of professional misconduct creates at least the perception that the benchers might have a pecuniary interest in a finding of guilt. In Pearlman's submissions, the possibility of such a perception violates the longstanding policy of administrative impartiality according to which justice must not only be done, but must manifestly be seen to be done. As Le Dain J. noted in *Valente v. R.*, [1985] 2 S.C.R. 673 at 685, 37 M.V.R. 9, 49 C.R. (3d) 97, 23 C.C.C. (3d) 193, 24 D.L.R. (4th) 161, 19 C.R.R. 354, 64 N.R. 1, 14 O.A.C. 79: "The word 'impartial' ... connotes absence of bias, *actual or perceived*" [emphasis added].

(ii) "Reasonable Apprehension of Bias"

35 This court has recently had occasion to examine the issue of what test is appropriate for assessing the impartiality of the decision-making process. In *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, [1991] 2 W.W.R. 145, 46 Admin. L.R. 161, 2 M.P.L.R. (2d) 217, 75 D.L.R. (4th) 385, 116 N.R. 46, 69 Man. R. (2d) 134, Sopinka J., who wrote for the majority, distinguished between cases where decision-makers are disqualified for reasons of prejudice and those where they are disqualified for reasons of personal interest in the outcome. For the latter type of case he suggested (at p. 1198) that:

[The reasonable apprehension of bias] test would have been appropriate if it had been found that the Councillor *had a personal interest in the development, either pecuniary or by reason of a relationship with the developer*. In such circumstances, the test is that which applies to all public officials: *Would a reasonably well-informed person consider that the interest might have an influence on the exercise of the official's public duty? If that duty is to hear and decide, the test is expressed in terms of a reasonable apprehension of bias.* [emphasis added]

36 I am of the view that the "reasonable apprehension of bias test" as formulated by Sopinka J. in *Old St. Boniface* is the appropriate one to apply to the allegation in the appeal at bar, viz., that the benchers on the judicial committee of the law society are perceived to have an indirect pecuniary interest in the outcome of the disciplinary proceedings.

(iii) Principles of Fundamental Justice are Context-Dependent

37 This court has often noted how the principles of fundamental justice should be interpreted within the specific context in which s. 7 is being asserted. For example, in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, 80 N.R. 161, 61 C.R. (3d) 1, 82 N.S.R. (2d) 271, 207 A.P.R. 271, 37 C.C.C. (3d) 1,

44 D.L.R. (4th) 193, 32 C.R.R. 41, La Forest J. held (at p. 361 S.C.R.) that "It is ... clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked." Similarly, L'Heureux-Dubé J. noted in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 at 682, [1990] 3 W.W.R. 289, 30 C.C.E.L. 237, 43 Admin. L.R. 157, 106 N.R. 17, 83 Sask. R. 81, 69 D.L.R. (4th) 489, 90 C.L.L.C. 14,010, that:

Like the principles of natural justice, the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case.

She went on to cite with approval the following passage from the decision of Sopinka J. in *Syndicat des employés de production du Québec & de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879 at 895-96, 89 C.L.L.C. 17,022, 62 D.L.R. (4th) 385, 11 C.H.R.R. D/1, (sub nom. *Syndicat des employés de production du Québec & de l'Acadie v. Comm. canadienne des droits de la personne*) 100 N.R. 241:

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with respect to administrative or executive tribunals ... the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates. [emphasis added]

38 In *Committee for Justice & Liberty v. Canada (National Energy Board)*, [1978] 1 S.C.R. 369, 9 N.R. 115, 68 D.L.R. (3d) 716, de Grandpré J. explicitly allowed for a flexible application of the "reasonable apprehension of bias" test to take into account different administrative contexts. He said (at p. 395 S.C.R.):

This is the proper approach which, of course, must be adjusted to the facts of the case. The question of bias in a member of a court of justice cannot be examined in the same light as that in a member of an administrative tribunal entrusted by statute with an administrative discretion exercised in the light of its experience and of that of its technical advisers.

The basic principle is of course the same, namely that natural justice be rendered. *But its application must take into consideration the special circumstances of the tribunal.* As stated by Reid, *Administrative Law and Practice*, 1971, at p. 220:

... 'tribunals' is a basket word embracing many kinds and sorts. It is quickly obvious that a standard appropriate to one may be inappropriate to another. Hence, facts which constitute bias in one, may not amount to bias in another.

.....

In the case at bar, the test must take into consideration the broad functions entrusted by law to the Board. [emphasis added]

39 Accordingly, Pearlman's allegation that the benchers are perceived to have a pecuniary interest in the outcome of the disciplinary proceedings should be examined within the wider context provided by the *Law Society Act* and the experience of self-governing professions generally. It is to that wider context that I now wish to turn, albeit briefly.

(iv) Functions of the Law Society of Manitoba: Self-government and Professional Discipline

40 Section 36 of the Act sets forth the powers, authorities and privileges of the Law Society of Manitoba. The conditions for the practice of law in the province are administered and governed by the society (s. 36(a)), and admission to the bar of Manitoba is entirely regulated by the society (s. 36(n)). Section 36(t) explicitly gives the society the power to "exercise disciplinary jurisdiction over barristers, solicitors and students." Sanctions that can be levied against lawyers and law students in disciplinary matters range from reprimands to outright disbarment (s. 52(1)). As such, the law society has total control over who can practise law in the province, over the conditions or requirements placed upon those who practise and, perhaps most importantly, over the means of enforcing respect for those conditions or requirements. Thus, the Manitoba legal profession is self-governing in virtually every aspect.

41 It is appropriate at this juncture to mention the legislative rationale behind making a profession self-governing. The Ministry of the Attorney General of Ontario produced a study paper entitled *The Report of the Professional Organizations Committee* (1980) which, I believe, provides a helpful analysis of this rationale. The following extract from p. 25 is apposite:

In the government of the professions, both public and professional authorities have important roles to play. When the legislature decrees, by statute, that only licensed practitioners may carry on certain functions, it creates valuable rights. As the ultimate source of those rights, the legislature must remain ultimately responsible for the way in which they are conferred and exercised. Furthermore, the very decision to restrict the right to practise in a professional area implies that such a restriction is necessary to protect affected clients or third parties. The regulation of professional practice through the creation and the operation of a licensing system, then, is a matter of public policy; it emanates from the legislature; it involves the creation of valuable rights; and it is directed towards the protection of vulnerable interests.

On the other hand, where the legislature sees fit to delegate some of its authority in these matters of public policy to professional bodies themselves, it must respect the self-governing status to these bodies. *Government ought not to prescribe in detail the structures, processes, and policies of professional bodies. The initiative in such matters must rest with the professions themselves, recognizing their particular expertise and sensitivity to the conditions of practice.* In brief, professional self-governing bodies must be ultimately accountable to

the legislature; but they must have the authority to make, in the first place, the decisions for which they are to be accountable. [emphasis added]

The authors noted the particular importance of an autonomous legal profession to a free and democratic society. They said at p. 26:

Stress was rightly laid on the high value that free societies have placed historically on an independent judiciary, free of political interference and influence on its decisions, and an independent bar, free to represent citizens without fear or favour in the protection of individual rights and civil liberties against incursions from any source, including the state.

On this view, the self-governing status of the professions, and of the legal profession in particular, was created in the public interest.

42 This position has gained considerable judicial support. For example, in *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, 37 B.C.L.R. 145, [1982] 5 W.W.R. 289, 19 B.L.R. 234, 43 N.R. 451, 137 D.L.R. (3d) 1, 66 C.P.R. (2d) 1, Estey J., who wrote for the court, dealt directly with the self-regulating nature of the legal profession. He said (at pp. 335-36 S.C.R.):

I see nothing in law pathological about the selection by the provincial Legislature here of an administrative agency drawn from the sector of the community to be regulated ... It is for the Legislature to weigh and determine all these matters and I see no constitutional consequences necessarily flowing from the regulatory mode adopted by the province ...

There are many reasons why a province might well turn its legislative action towards the regulation of members of the law profession. These members are officers of the provincially-organized courts; they are the object of public trust daily; the nature of the services they bring to the public makes the valuation of those services by the unskilled public difficult; the quality of service is the most sensitive area of service regulation and the quality of legal services is a matter difficult of judgment. *The independence of the Bar from the state in all its pervasive manifestations is one of the hallmarks of a free society. Consequently, regulation of these members of the law profession by the state must, so far as by human ingenuity it can be so designed, be free from state interference, in the political sense, with the delivery of services to the individual citizens in the state, particularly in fields of public and criminal law. The public interest in a free society knows no area more sensitive than the independence, impartiality and availability to the general public of the members of the Bar and through those members, legal advice and services generally.* The uniqueness of position of the barrister and solicitor in the community may well have led the province to select self-administration as the mode for administrative control over the supply of legal services throughout the community. [emphasis added]

43 In the case at bar, the Manitoba Legislature has spoken, and spoken clearly. The *Law Society Act* manifestly intends to leave the governance of the legal profession to lawyers and, unless judicial intervention is clearly warranted, this expression of the legislative will ought to be respected.

44 With respect to the disciplinary structure of the legal profession in Manitoba, one must begin with the governing body, the Law Society of Manitoba. The society comprises elected and appointed "benchers" who represent members of the profession and other groups of the public at large: see ss. 6 to 13 of the Act. There are several categories of benchers who are not members of the legal profession. The ongoing business of the society is conducted by means of eight standing committees: see R. 11(1) of the Rules of the Law Society of Manitoba. The workings of two of these, the discipline and judicial committees, are implicated in this appeal. Each of these is composed of "not fewer than 10 benchers" (R. 11(3)). In both cases, at least five of the benchers must be "appointed members" (i.e., non-lawyers), except under special circumstances with respect to the judicial committee, when the committee quorum for it can be reduced to fewer appointed members (R. 11(5)(b)).

45 The first stage of the law society's disciplinary proceedings involves an investigation of an allegation (of misconduct, incompetence, conduct unbecoming, etc.) by the discipline committee. In cases where it is thereby determined that a charge against a member of the society is warranted, that charge is formulated by the discipline committee and referred to the judicial committee (R. 19(13)). No one may sit on the judicial committee for a matter which he or she has previously dealt with as a member of the discipline committee (R. 22(13)(e)). Both the member who is the subject of the inquiry and the discipline committee that formulated the charge are entitled to be represented by counsel before the judicial committee. After hearing representations and considering the evidence, the judicial committee decides whether there the charge of misconduct was merited. If the member is found guilty of misconduct, one or several of the sanctions contemplated by s. 52 of the Act is imposed by the judicial committee.

46 The general public has a vested interest in the ethical integrity of the legal profession: see, for example, the remarks of Estey J. in *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, supra. As already mentioned, the provincial legislature has entrusted the protection of this interest to the considered judgment of the members of the legal profession itself.

47 To my mind, a large part of effective self-governance depends upon the concept of peer review. If an autonomous law society is to enforce a code of conduct among its members, as indeed is required by the public interest, a power to discipline its members is essential. It is entirely appropriate that an individual whose conduct is to be judged should be assessed by a group of his or her peers who are themselves subject to the rules and standards that are being enforced. As Monnin C.J.M. recognized in *Law Society of Manitoba v. Savino*, supra (at pp. 292-93):

Our Legislature has given the benchers the right to pass rules and regulations as well as the right to enforce them. *It would be ridiculous and lacking in common sense to call upon another body of men and women to hear and dispose of complaints of professional misconduct. Professional misconduct is a wide and general term.* It is conduct which would be reasonably regarded as disgraceful, dishonorable, or unbecoming of a member of the profession by his well respected brethren in the group — persons of integrity and good reputation amongst the membership.

No one is better qualified to say what constitutes professional misconduct than a group of practicing barristers who are themselves subject to the rules established by their governing body. [emphasis added]

48 Consequently, it is in this wider context, i.e., a self-regulating profession which has set up formal structures for maintaining the discipline and standards of conduct appropriate to the legal profession, that the reasonable apprehension of bias test should be applied in the instant appeal. To apply the formulation put forward by Sopinka J. in *Old St. Boniface*, supra, the question becomes: "Would the perceived pecuniary interest that the members of the Judicial Committee are alleged to have in a finding of guilt (by virtue of s. 52(4) of the Act) create an apprehension in a reasonably well-informed person that the Judicial Committee might not decide fairly?"

Application of the Reasonable Apprehension of Bias Test to the Judicial Committee Members in light of s. 52(4) of the Act

49 It is by virtue of s. 52(4) of the Act that the benchers on the judicial committee are alleged to have a perceived pecuniary interest in a finding of guilt. For ease of reference, I repeat that provision below:

52(4) A barrister, solicitor, or student, who is found guilty of professional misconduct, or of conduct unbecoming a barrister, solicitor, or student, or is found incompetent may be ordered by the governing body to pay, all or any part of, the costs and expenses incurred by the society in and about the investigation into, proceedings upon, and hearing of any subject matter of inquiry or any complaint or charge in respect of which he has been so found guilty or incompetent.

50 It bears noting that there has been no allegation before this court that the members of the judicial committee do, in fact, have an actual pecuniary interest in a finding of guilt. Rather, Pearlman's contention is that the mere perception that a pecuniary interest could possibly exist is enough to taint the committee's eventual decision. For several reasons, I am unable to agree with Pearlman that the impugned "costs" provision creates a perception of pecuniary interest that is sufficient to substantiate a reasonable apprehension of bias.

51 First, it is important to remember that the costs which stand to be recouped under s. 52(4) are in no sense "profits" or "gains." These costs are a direct reimbursement for expenses previously incurred in an investigation which, ex hypothesi, has uncovered legitimate grounds for the imposition of sanctions. The legislature considered it appropriate that, in addition to the sanctions that might be imposed, the lawyer found guilty of misconduct may also have to bear the costs of the investigation into his or her own questionable conduct.

52 Secondly, any pecuniary interest that the members of the judicial committee might be alleged to have is far too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias. Costs recouped pursuant to s. 52(4) become the property of the law society as a whole, and in no way do they accrue to the individual members of the committee who determined that the charge of misconduct was in fact well-founded. As such, there is no personal and distinct interest on the part of the judicial committee members. Just as it is speculation to suggest that a disciplinary committee deciding that a lawyer should be disbarred is tainted because it is thereby marginally reducing the competition for the committee's members, it is also speculation to suggest that the law society would apply these recouped costs in such a manner as to reduce the practising or non-practising fees of law society members by some small amount. These recouped costs, which are after all just reimbursements for expenses already incurred, might equally well be allocated by the executive and finance committee to any other of the numerous educational or promotional endeavours of the law society.

53 Thirdly, even if one were to assume that all of the recouped costs were systematically and directly applied in such a manner as to reduce bar fees, it would in my view be unreasonable to conclude that this would lead to a likelihood of bias in members of the judicial committee. Given the uncontradicted statistical information presented to this court regarding the relative size of costs recouped pursuant to s. 52(4) in the past several years, such a bias seems completely improbable. Annual reports indicated that these amounts averaged .04 per cent of the law society's revenues from 1987 to 1990, ranging in dollar amounts from between \$2,047 and \$6,587. Thus, when spread among the more than 1,300 members of the law society, such an indirect benefit would amount at most to a few dollars per year — a minuscule fraction of their practising fees. In the context of a peer review situation, which by its very nature is somewhat delicate and uncomfortable for all concerned, I find it unreasonable to suggest that this minuscule indirect benefit might predispose members of the judicial committee towards a finding of guilt.

54 This very issue was considered in the context of another self-governing organization, the New Brunswick Veterinary Medical Association. In *McAllister v. New Brunswick Veterinary Medical Assn.* (1986), 71 N.B.R. (2d) 109, 182 A.P.R. 109 (Q.B.), Stevenson J. was called upon to consider, inter alia, allegations of institutional bias that stemmed from the order of the association's council that the appellant be reinstated "upon paying all costs of the hearing." Having considered the

relevant jurisprudence, including the *Bateman* case that was found to be inapplicable by Jewers J. at first instance of the case at bar, Stevenson J. concluded (at p. 117):

I cannot accept that an apprehension of bias or interest is a corollary to any authority of a governing body to assess costs. If the governing body or a disciplinary tribunal is given such authority by the legislation creating it, it must surely be a rebuttable presumption that the authority will be exercised fairly and judiciously. [emphasis added]

Without endorsing the conclusion regarding the "rebuttable presumption of fairness," I am of the view, as was Stevenson J., that a costs provision like s. 52(4) in the instant appeal does not itself give rise to a reasonable apprehension of bias in the context of self-governing professional organizations. Section 52(4) of the Act, without more, does not create an apprehension of bias in a reasonably well-informed person that would taint the disciplinary proceedings of the law society.

55 It is worth mentioning that, if there were to be an unfair or otherwise abusive order of costs pursuant to s. 52(4), Pearlman would have the full panoply of administrative remedies open to him. All I am deciding is that the legislative provision authorizing the recoupment of costs involved in disciplinary proceedings does not, in and of itself, put into doubt the impartiality of those proceedings.

Conclusion

56 Accordingly, I am of the view that s. 52(4) of the Act does not violate the principles of fundamental justice. As such, there is no violation of s. 7 of the *Charter* and the answers to the constitutional questions are as follows:

57 1. No.

58 2. It is not necessary to answer the second constitutional question.

59 This appeal should be dismissed with costs.

Appeal dismissed.