

T-1182-88

T-1182-88

Walter Stanley Belczowski (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)INDEXED AS: *BELCZOWSKI v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Edmonton, January 23 and 24; Ottawa, February 28, 1991.

Elections — Canada Elections Act, s. 51(e) disqualifying every inmate of penal institution — Paroled convict continuing action, commenced while imprisoned, for declaration legislation invalid as contravening Charter guarantees — Crown not objecting to standing — Provincial courts having upheld validity of section — Charter s. 3 providing every citizen having right to vote — Disqualification not justified under Charter s. 1 — Objectives of s. 51(e) to maintain sanctity of franchise, preserve integrity of voting process, sanction offenders — Doubtful democratic state can legislate tests of decency on voters — S. 51(3) arbitrary in singling out one class of indecent citizens to be denied franchise — Argument voting more than marking ballot answered by evidence convicts aware of current events due to media coverage — Evidence convicts disqualified from voting in many democratic countries not supporting objectives here advanced — Impugned legislation failing S.C.C. proportionality test in Oakes — Corrections process seeking to protect society by facilitating ex-convict's reintegration of which voting could form part.

Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights — Parolee seeking declaration Canada Elections Act, s. 51(e) invalid for violation of Charter, s. 3 — Whether denial of convicts' right to vote imposed by s. 51(e) justifiable under Charter, s. 1 — Objectives of s. 51(e) discussed — Must relate to concerns pressing and substantial in free and democratic society — Restriction arbitrary in singling out one category of presumably indecent or irresponsible citizens to be denied right to vote — Proportionality test not met — S. 51(e) invalid as not justified under Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Canada Elections Act, s. 51(e) not violating Charter, s. 15 — Grounds of discrimination must be specified in Charter, s. 15(1) or analogous — Application of law to plaintiff due to imprisonment for crime not discrimination on analogous ground.

Walter Stanley Belczowski (demandeur)

c.

^a Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: *BELCZOWSKI c. CANADA (1^{re} INST.)*

^b Section de première instance, juge Strayer—Edmonton, 23 et 24 janvier; Ottawa, 28 février 1991.

Élections — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada exclut tous les détenus — Un détenu ayant obtenu sa libération conditionnelle a poursuivi son action, introduite à l'époque où il était incarcéré, afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la loi était invalide parce qu'elle contrevenait aux garanties conférées par la Charte — La Couronne n'a pas formulé d'objection quant à la qualité pour agir du demandeur — Des tribunaux provinciaux ont confirmé la validité de l'article — Selon l'art. 3 de la Charte, tout citoyen a le droit de voter — Les exclusions ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la Charte — Les objectifs de l'art. 51e) sont de sauvegarder le caractère sacré du droit de vote, de préserver l'intégrité du processus électoral et d'imposer des sanctions aux contrevenants — Il est douteux qu'un état démocratique puisse imposer des critères d'honnêteté aux électeurs — L'art. 51(3) est arbitraire en ce sens qu'il distingue une catégorie de citoyens malhonnêtes pour leur retirer le droit de vote — La preuve que les détenus peuvent suivre l'actualité grâce à la presse écrite et parlée répond à l'argument selon lequel voter est plus que marquer un bulletin de vote — Le fait que dans de nombreux pays démocratiques, les détenus n'ont pas le droit de voter n'étaye pas les objectifs avancés en l'espèce — La loi contestée ne satisfait pas au critère de proportionnalité exposé par la C.S.C. dans l'arrêt Oakes — Le processus correctionnel vise à protéger la société en facilitant la réintégration des anciens détenus, et le droit de vote pourrait en faire partie.

^g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Un détenu en libération conditionnelle sollicite un jugement déclaratoire portant que l'art. 51e) de la Loi électorale du Canada est nul parce qu'il enfreint l'art. 3 de la Charte — La question est de savoir si le retrait du droit de vote aux détenus qu'impose l'art. 51e) est justifiable en vertu de l'article premier de la Charte — Analyse des objectifs de l'art. 51e) — Ces objectifs doivent se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique — La restriction est arbitraire en ce qu'elle distingue une catégorie de citoyens présumés malhonnêtes ou irresponsables pour leur retirer le droit de vote — Le critère de la proportionnalité n'a pas été satisfait — L'art. 51e) est nul car il n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la Charte.*

^j *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 51e) de la Loi électorale du Canada n'enfreint pas l'art. 15 de la Charte — Les motifs de discrimination doivent être spécifiés à l'art. 15(1) de la Charte ou dans des dispositions analogues — Le fait que l'on applique la loi au demandeur parce qu'il a été emprisonné pour avoir commis un acte criminel ne constitue pas de la discrimination pour un motif analogue.*

The plaintiff was serving a sentence of life imprisonment when he commenced this action for declarations that paragraph 51(e), or its identical predecessor paragraph 14(4)(e), of the *Canada Elections Act* is without force and effect as violating the right to vote guaranteed by section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the right to equality under the law as guaranteed by Charter section 15. He was subsequently granted day parole but Jerome A.C.J. ruled that he still had standing to continue the action. Although plaintiff is now on full parole, the Crown did not object to standing on that basis. Having expressed a desire to participate in the democratic process of government by voting in federal elections, the plaintiff would be entitled to vote but for paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*. There were three issues to be tried: (1) whether paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* violates section 3 of the Charter; (2) whether paragraph 51(e) violates Charter, section 15 and (3) if the answer to (1) and (2) is yes, whether paragraph 51(e) prescribes reasonable limits demonstrably justifiable in a free and democratic society pursuant to Charter, section 1.

Held, the action should be allowed.

The first issue was that of a possible conflict with section 3 of the Charter. On its face, paragraph 51(e) violates the right to vote in a federal election as guaranteed by section 3: were plaintiff still in prison, he would be prevented from voting in a federal election. Unlike other sections of the Charter which use qualifying words such as unreasonable, arbitrarily, reasonable or unusual in the description of rights, section 3 is unambiguous as to who hold the right ("every citizen of Canada") and what they are entitled to do ("to vote in an election of the members of the House of Commons . . ."). The decision of the Manitoba Court of Appeal in *Badger v. Canada (Attorney General)*, which held that paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* could not be construed as in breach of Charter section 3, was based on a "frozen concept" of statutory construction applied to the *Canadian Bill of Rights*, a concept that has been rejected by the Supreme Court of Canada as a guide to the interpretation of the Charter.

The second issue related to a possible conflict with Charter section 15. For there to be "discrimination" as prohibited by subsection 15(1), the grounds of discrimination must be those specified in that subsection or others analogous thereto. The application of a law to the plaintiff's disadvantage based on his conviction for a crime and imprisonment does not amount to discrimination on a ground analogous to those specified in subsection 15(1). Paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* is therefore not inconsistent with section 15 of the Charter.

The final issue was whether paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*, even if in conflict with Charter section 3, could be justified by section 1. In *R. v. Oakes*, the Supreme Court of Canada laid down basic criteria for reliance on section 1 as a justification for abridgements of rights otherwise guaranteed by

Le demandeur purgeait une peine d'emprisonnement à perpétuité lorsqu'il a introduit la présente action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que l'alinéa 51e), ou la disposition identique qui l'a précédé, l'alinéa 14(4)e), de la *Loi électorale du Canada*, est nul et de nul effet parce qu'il porte atteinte au droit de vote que garantit l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'au droit à l'égalité devant la loi que garantit l'article 15 de la Charte. Le demandeur a subséquemment obtenu sa libération conditionnelle de jour, mais le juge en chef adjoint Jerome a statué qu'il était encore habilité à poursuivre l'action. Le demandeur a, depuis lors, obtenu sa libération conditionnelle totale, mais la Couronne n'a pas formulé d'objection quant à sa capacité pour ce motif. Ayant exprimé le désir de participer au processus démocratique du gouvernement en votant aux élections fédérales, le demandeur aurait le droit de vote si ce n'était des dispositions de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*. Il y avait trois questions en litige à juger: (1) la question de savoir si les dispositions de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* enfreignent l'article 3 de la Charte; (2) la question de savoir si les dispositions de l'alinéa 51e) enfreignent l'article 15 de la Charte; et (3), si la réponse aux questions 1 et 2 est affirmative, si les dispositions de l'alinéa 51e) prescrivent des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la Charte.

Jugement: l'action devrait être accueillie.

La première question était celle d'une incompatibilité possible avec l'article 3 de la Charte. À première vue, l'alinéa 51e) porte atteinte au droit du demandeur de voter à une élection fédérale comme le lui garantit l'article 3: s'il était toujours en prison, il ne pourrait voter à une élection fédérale. Contrairement à d'autres articles de la Charte, où figurent des mots qui en restreignent la portée, comme abusives, anormales, arbitraires, justes, raisonnables ou inusités, dans la description de droits, l'article 3 indique clairement qui sont les titulaires du droit («tout citoyen canadien») et ce qu'ils ont à ce titre droit de faire («vote(r) . . . aux élections législatives fédérales . . .»). La décision de la Cour d'appel du Manitoba dans *Badger v. Canada (Attorney General)*, où le juge a statué que l'on ne pouvait considérer que l'alinéa 14(4)e) de la *Loi électorale du Canada* violait l'article 3 de la Charte, était fondée sur la théorie du «gel des droits» appliquée à la *Déclaration canadienne des droits*, théorie que la Cour suprême du Canada a rejetée comme norme d'interprétation de la Charte.

La seconde question avait trait à une incompatibilité possible avec l'article 15 de la Charte. Pour qu'il y ait «discrimination» au sens où l'interdit le paragraphe 15(1), les motifs de discrimination doivent être ceux que ce dernier précise ou d'autres motifs analogues. L'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il a été incarcéré ne constitue pas de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1). L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* n'est donc pas incompatible avec l'article 15 de la Charte.

La dernière question était celle de savoir si la justification de l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, même si ce dernier était incompatible avec l'article 3 de la Charte, pouvait être démontrée selon l'article premier. Dans *R. c. Oakes*, la Cour suprême du Canada a fixé des critères qui permettent

the Charter. The limitation of rights must be justified both as to its ends and as to its means. The objective must "relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society" before it can justify the limitation. If so, the proportionality of its means must then be demonstrated. The defendant suggested that paragraph 51(e) had three objectives: (1) to affirm and maintain the sanctity of the franchise; (2) to preserve the integrity of the voting process and (3) to sanction offenders. As to (1), there was no evidence of a legitimate objective of requiring a "decent and responsible citizenry", even using the less demanding test of the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights. The restriction in question was arbitrary in singling out one category of presumably indecent or irresponsible citizens to deny them a right which they otherwise clearly had under section 3. In support of the second objective, it was argued that voting was not merely marking a ballot but the final step after discussion and debate. Plaintiff testified that he had been able to follow public events while in prison by watching public affairs programs on television and reading newspapers and magazines. This objective was therefore insufficient to justify the denial of a right expressly guaranteed by Charter section 3. The evidence that convicts were disqualified from voting in other democratic countries did not support what had been advanced as the objectives of the impugned legislation. The third objective was more plausible. The only persons disqualified were those who have been identified as warranting punishment by imprisonment and the deprivation lasts as long as does the imprisonment; that was a valid objective in itself.

None of the three conditions of the proportionality test identified in *Oakes* had been met. First, the means employed were not rationally connected with the alleged objective of maintaining a decent and responsible citizenry and the integrity of the vote. Secondly, it could not be said that paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* impairs "as little as possible" the section rights; it completely abolishes such rights for the whole period of imprisonment. The serious effect of the total denial of the vote to prisoners was out of proportion to the very doubtful and ill-defined objectives under consideration. Finally, the Crown had not demonstrated that the outright denial of the vote of every prison inmate was proportional to voting disqualification as punishment. Paragraph 51(e) applied regardless of the seriousness of the crime for which the inmate was being punished. The actual effect on the convict's right to vote was arbitrary, depending on fortuitous circumstances such as the timing of federal elections in relation to the period of incarceration. There was also a lack of proportionality between the objective and the denial of the vote since corrections theory in Canada had recently moved towards rehabilitation and the preparation of inmates for reentry into society. Voting could form part of a convict's reintegration.

d'invoquer l'article premier de la Charte pour justifier des restrictions aux droits garantis par celle-ci. La restriction de droits doit être justifiée tant par ses fins que par ses moyens. Il faut que l'objectif «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour que la restriction puisse se justifier. Dans ce cas, il faut alors appliquer le critère de proportionnalité aux moyens employés pour la mettre en œuvre. La défenderesse a indiqué que l'alinéa 51e) comporte trois objectifs: 1) proclamer et sauvegarder le caractère sacré du droit de vote dans notre démocratie; 2) préserver l'intégrité du processus électoral; et 3) imposer des sanctions aux contrevenants. En ce qui concerne le premier objectif, il n'existait aucune preuve d'un objectif légitime consistant à exiger «des citoyens honnêtes et responsables», même en utilisant une norme moins sévère, soit la réalisation d'un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution. La restriction en question était arbitraire en ce qu'elle distingue une catégorie de citoyens présumés malhonnêtes ou irresponsables pour leur retirer un droit que, par ailleurs, l'article 3 leur confère manifestement. À l'appui du deuxième objectif, on a fait valoir que voter est plus que marquer un bulletin de vote; il s'agit de l'étape finale après discussions et débats. Le demandeur a déclaré qu'il avait pu suivre l'actualité en prison en regardant de nombreuses émissions sur les affaires publiques à la télévision et en lisant des journaux et des périodiques. Cet objectif était donc insuffisant pour justifier la négation d'un droit expressément garanti par l'article 3 de la Charte. La preuve que, dans d'autres pays démocratiques, les détenus n'ont pas le droit de voter n'était pas ce qui constituait censément les objectifs de la loi contestée. Le troisième objectif était plus plausible. Les seules personnes exclues étaient celles que l'on a désignées comme méritant une peine d'emprisonnement, et la privation de leur droit dure aussi longtemps que leur peine; il s'agissait d'un objectif légitime en soi.

Aucun des trois éléments du critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes* n'a été satisfait. Tout d'abord, les moyens employés n'avaient pas de lien rationnel avec le prétendu objectif de maintenir une population de citoyens honnêtes et responsables et l'intégrité du processus électoral. Deuxièmement, on ne saurait dire que l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte «le moins possible» aux droits prévus à l'article 3; l'alinéa abolit ces droits pour toute la durée de la période d'emprisonnement. Les graves effets du refus total du droit de vote aux détenus étaient hors de proportion avec les objectifs fort douteux et mal définis examinés en l'espèce. Enfin, la Couronne n'avait pas démontré que le retrait absolu du droit de vote à tous les détenus était proportionnel à la perte de la capacité de voter comme châtement. L'alinéa 51e) s'appliquait indépendamment de la gravité de l'acte pour lequel le détenu était puni. L'effet réel sur le droit de vote du détenu était arbitraire, dépendant de circonstances fortuites comme le moment où des élections fédérales avaient lieu par rapport à la période d'incarcération. Il y avait aussi un manque de proportion entre l'objectif et le retrait du droit de vote en ce sens que la théorie de la correction au Canada a récemment évolué dans le sens de la réhabilitation et de la préparation des détenus à leur réinsertion sociale. Le droit de vote pourrait faire partie de la réintégration d'un détenu.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canada Elections Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.) c. 14, s. 14(4)(e).
Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, s. 51(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], ss. 1, 2(d), 3, 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 2.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

APPLIED:

Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 O.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227; *Badger et al. v. Manitoba* (1986), 39 Man. R. (2d) 107; 51 C.R. (3d) 163 (Q.B.); *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.).

NOT FOLLOWED:

Badger v. Canada (Attorney-General) (1988), 55 D.L.R. (4th) 177; [1989] 1 W.W.R. 216; 55 Man. R. (2d) 198 (Man. C.A.).

REFERRED TO:

MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors (1974), 9 N.S.R. (2d) 483; 53 D.L.R. (3d) 259 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of*

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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2d), 3, 15(1), 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi électorale du Canada, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 14, art. 14(4)e).
Loi électorale du Canada, L.R.C., 1985, chap. E-2, art. 51e).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13.

JURISPRUDENCE

d DÉCISIONS SUIVIES:

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

f DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 19 O.A.C. 69; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; (1989), 76 Nfld. & P.E.I.R. 181; 56 D.L.R. (4th) 765; 235 A.P.R. 181; 96 N.R. 227; *Badger et al. v. Manitoba* (1986), 39 Man. R. (2d) 107; 51 C.R. (3d) 163 (Q.B.); *Grondin v. Ontario (Attorney General)* (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.).

DÉCISION NON SUIVIE:

Badger v. Canada (Attorney-General) (1988), 55 D.L.R. (4th) 177; [1989] 1 W.W.R. 216; 55 Man. R. (2d) 198 (C.A. Man.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors (1974), 9 N.S.R. (2d) 483; 53 D.L.R. (3d) 259 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of*

Canada et al. (1980), 108 D.L.R. (3d) 753; [1980] 4 W.W.R. 6; 18 B.C.L.R. 181; 15 C.P.C. 195; 50 C.P.R. (2d) 34 (B.C.C.A.); *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; 48 B.C.L.R. 121; 7 C.C.C. (3d) 431; 8 C.R.R. 5 (B.C.S.C.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234; 53 D.L.R. (4th) 595 (H.C.); *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 1119; (1984), 42 C.R. (3d) 78 (T.D.); *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287; (1985), 25 D.L.R. (4th) 184 (T.D.); *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123; *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.*, [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003 (S.C.C.).

a

b

c

d

Canada et al. (1980), 108 D.L.R. (3d) 753; [1980] 4 W.W.R. 6; 18 B.C.L.R. 181; 15 C.P.C. 195; 50 C.P.R. (2d) 34 (C.A.C.-B.); *Procureur général du Canada et autre v. Law Society of British Columbia et autre*, [1982] 2 R.C.S. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; 48 B.C.L.R. 121; 7 C.C.C. (3d) 431; 8 C.R.R. 5 (C.S.C.-B.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234; 53 D.L.R. (4th) 595 (H.C.); *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 1119; (1984), 42 C.R. (3d) 78 (T.D.); *Lévesque c. Canada (procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287; (1985), 25 D.L.R. (4th) 184 (T.D.); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99; *Schachter c. Canada*, [1990] 2 C.F. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123; *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.*, [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003 (C.S.C.).

AUTHORS CITED

Beaudoin, Gérard-A. and Edward Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co., 1989.

e

COUNSEL:

Richard A. Stoppel for plaintiff.
Terrence Joyce, Q.C., and *Meg Kinnear* for defendant.

f

SOLICITORS:

Brimacombe, Sanderman & Stoppel, Edmonton, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

g

DOCTRINE

Beaudoin, Gérard-A. et Edward Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., Montréal: Wilson & Lafleur Ltée; 1989.

AVOCATS:

Richard A. Stoppel pour le demandeur.
Terrence Joyce, c.r. et *Meg Kinnear* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Brimacombe, Sanderman & Stoppel, Edmonton, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.:

Relief requested

In his statement of claim the plaintiff seeks declarations that paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act*¹ is without force and effect as being in violation of the plaintiff's right to vote guaranteed in section 3 of the *Canadian Charter*

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

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé

Dans sa déclaration, le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que l'alinéa 14(4)e) de la *Loi électorale du Canada*¹ est nul et de nul effet parce qu'il porte atteinte au droit de vote du demandeur, garanti par l'article 3 de la *Charte*

¹ R.S.C. 1970, (1st Supp.) c. 14.

¹ S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap.14.

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]] and as being in violation of the plaintiff's right to equality under the law as guaranteed in section 15 of the Charter. Since the commencement of this action the Revised Statutes of Canada, 1985, have come into effect and paragraph 14(4)(e) has now been replaced by paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*² which is identical in wording. It is agreed that the declarations now being sought pertain to the current provision, paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*.

It will be noted that the declarations of invalidity are sought against Her Majesty as if this were an action against the Crown. It is doubtful that such an action can properly be brought against the Crown,³ but should instead be brought against the Attorney General of Canada under section 18 of the *Federal Court Act*.⁴ However, counsel for the Deputy Attorney General appearing in this action took no objection to the form of the proceeding and for present purposes I shall treat it as a claim for declarations against the Attorney General.

Facts

On February 7, 1990 the parties signed an amended agreed statement of facts. This statement indicates that the plaintiff was born on October 7, 1953 and was sentenced on May 14, 1981 to life imprisonment for second degree murder. When the action was commenced in 1988 he was serving his sentence in the Bowden Institution, a federal penitentiary in Alberta. He was subsequently granted day parole effective July 10, 1989. This fact is acknowledged in the amended agreed statement of facts. The plaintiff brought an application by an amended notice of motion dated February 20, 1990 to determine whether he had standing to proceed with the action even though he was no

² R.S.C., 1985, c. E-2.

³ See e.g. *MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors* (1974), 9 N.S.R. (2d) 483 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of Canada et al.* (1980), 108 D.L.R. (3d) 753 (B.C.C.A.), this point being discussed but not decided on appeal in [1982] 2 S.C.R. 307, at pp. 321-326.

⁴ R.S.C., 1985, c. F-7.

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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], ainsi qu'au droit à l'égalité devant la loi garanti par l'article 15 de la Charte. Depuis l'introduction de cette action, les Lois révisées du Canada (1985) sont entrées en vigueur et l'alinéa 14(4)e a été remplacé par l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*² dont le libellé est identique. Il est convenu que le jugement déclaratoire demandé se rapporte aux dispositions actuelles soit l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*.

Il convient de noter que la demande de jugement déclaratoire d'invalidité est formulée contre Sa Majesté, comme s'il s'agissait d'une action contre la Couronne. Il est douteux qu'une telle procédure puisse être valablement engagée contre la Couronne³ plutôt que contre le procureur général du Canada en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁴. Cependant, comme l'avocat du sous-procureur général qui comparaît dans cette action ne s'est pas opposé à cette procédure, aux fins des présentes, je la considérerai comme une demande de jugement déclaratoire contre le procureur général.

Les faits

Le 7 février 1990, les parties ont signé conjointement un exposé des faits modifié. Cet exposé indique que le demandeur est né le 7 octobre 1953 et que, le 14 mai 1981, il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité pour un meurtre au deuxième degré. Lorsque la présente action a été introduite en 1988, le demandeur purgeait sa peine à l'établissement de Bowden, un pénitencier fédéral situé en Alberta. Il a subséquemment obtenu sa libération conditionnelle de jour à compter du 10 juillet 1989, fait reconnu dans l'exposé conjoint des parties. Le demandeur, par voie d'avis de requête modifié en date du 20 février 1990, a demandé qu'il soit déterminé s'il avait qualité pour poursuivre

² L.R.C. (1985), chap. E-2.

³ Voir, par ex. *MacNeil v. Nova Scotia Board of Censors* (1974), 9 N.S.R. (2d) 483 (C.A.); *Law Society of British Columbia et al. v. Attorney-General of Canada et al.* (1980), 108 D.L.R. (3d) 753 (C.A.C.-B.), cette question étant soulevée mais non tranchée dans le pourvoi [1982] 2 R.C.S. 307, aux pp. 321 à 326.

⁴ L.R.C. (1985), chap. F-7.

longer in prison. Jerome A.C.J. on February 23, 1990 found that he still had standing to continue the action. Since that time the plaintiff has been granted full parole but counsel for the defendant refrained from making any objection to standing on that basis. In this connection it may be noted that as the plaintiff was sentenced to life imprisonment he remains subject to revocation of his parole and return to prison should he breach the conditions of parole.

It is recognized in the agreed statement of facts that the plaintiff has expressed a desire to participate in the democratic process of government by voting in federal elections. The plaintiff alleges that he is a Canadian citizen and the defendant does not appear to dispute that fact. Certainly nothing was made to turn on this in the argument. Thus it is not disputed that he would be entitled to vote were it not for the provisions of paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*.

Issues

The parties are agreed that the issues to be tried may be stated as follows:

- a) Do the provisions of paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* violate section 3 of the Charter?
- b) Do the provisions of paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* violate section 15 of the Charter?
- c) If the answer to (a) or (b) is in the affirmative, do the provisions of paragraph 14(4)(e) of the *Canada Elections Act* prescribe reasonable limits which are demonstrably justifiable in a free and democratic society so as to fulfil the requirements of section 1 of the Charter?

It is agreed, of course, that references to paragraph 14(4)(e) equally apply to paragraph 51(e) of the present version of the *Canada Elections Act*.

Conclusions

Paragraph 51(e) of the current *Canada Elections Act*⁵ provides as follows:

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

(e) every person undergoing punishment as an inmate in any penal institution for the commission of any offence

cette action même s'il n'était plus en prison. Le 23 février 1990, le juge en chef adjoint Jerome a statué qu'il était encore habilité à le faire. Depuis lors, le demandeur a obtenu sa libération conditionnelle totale, mais le procureur de la défenderesse s'est abstenu de formuler toute objection quant à sa capacité pour ce motif. À ce propos, on peut dire que le demandeur ayant été condamné à la prison à perpétuité, sa libération conditionnelle peut être révoquée et il peut être réincarcéré pour manquement aux conditions de sa libération.

Il est reconnu dans l'exposé conjoint des faits que le demandeur a exprimé le désir de participer au processus démocratique de gouvernement en votant aux élections fédérales. Le demandeur fait valoir qu'il est citoyen canadien, ce que la demanderesse ne paraît pas contester. Il est certain que rien n'a été fait pour attirer l'attention à ce sujet dans la plaidoirie. Ainsi, il n'est pas contesté qu'il aurait le droit de vote si ce n'était des dispositions de l'alinéa 51(e) de la *Loi électorale du Canada*.

Les questions en litige

Les parties ont convenu que les questions en litige pouvaient être énoncées de la façon suivante:

- a) Les dispositions de l'alinéa 14(4)(e) de la *Loi électorale du Canada* enfreignent-elles l'article 3 de la Charte?
- b) Les dispositions de l'alinéa 14(4)(e) de la *Loi électorale du Canada* enfreignent-elles l'article 15 de la Charte?
- c) Si la réponse aux questions a) ou b) est affirmative, les dispositions de l'alinéa 14(4)(e) de la *Loi électorale du Canada* prescrivent-elles des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément aux exigences de l'article premier de la Charte?

Il est évidemment entendu que toute mention de l'alinéa 14(4)(e) s'applique également à l'alinéa 51(e) de la version actuelle de la *Loi électorale du Canada*.

Conclusions

L'alinéa 51(e) de l'actuelle *Loi électorale du Canada*⁵ est ainsi libellé:

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

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

⁵ *Supra*, note 2.

⁵ *Supra*, note 2.

The validity of this section has been upheld by the courts of at least three provinces⁶. In two⁷ of those cases decisions were taken on an urgent basis in the face of a pending federal election. In the third⁸ some reasoning was applied which has been rejected by colleagues in the Trial Division in subsequent cases.⁹ Apart from these latter cases which were not determinative of the validity of paragraph 51(e), it appears that the Federal Court has not had occasion to address the substantive issues raised by the plaintiff. I shall deal in turn with the issues identified by the parties for determination.

Possible conflict with section 3 of the Charter

Section 3 of the Charter provides as follows:

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

On its face, paragraph 51(e) violates the right of the plaintiff to vote in a federal election as guaranteed to him by section 3. It is not disputed that, were he in prison as he has been and might be again, he would be prevented by paragraph 51(e) from voting in an election of members of the House of Commons.

It should be noted that there are no qualifying words in section 3 such as are found in the description of many other rights guaranteed by the Charter: words such as “unreasonable” in section 8 or paragraph 11(a), “arbitrarily” in section 9, “reasonable” as found in paragraph 6(3)(b) and paragraph 11(e), or “unusual” as found in section 12. There are no amorphous concepts such as “association” found in paragraph 2(d) and no difficulty in discerning what activities are implicit-

⁶ *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (B.C.S.C.); *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.); *Badger v. Canada (Attorney-General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.).

⁷ *Sauvé, Badger, ibid.*

⁸ *Jolivet, supra*, note 6.

⁹ Reed J. in *Gould v. Attorney General of Canada*, [1984] 1 F.C. 1119 (T.D.) at p. 1126, where a mandatory injunction was sought, appeal allowed on the remedy issue [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.); *affd* [1984] 2 S.C.R. 124; Rouleau J. in *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287 (T.D.) at p. 294, ordering that federal prisoners be permitted to exercise their right under provincial law to vote in a Quebec election.

La validité de cet article a été confirmée par les tribunaux d'au moins trois provinces⁶. Dans deux⁷ affaires, les arrêts ont été rendus d'urgence, dans la perspective d'élections fédérales imminentes.

a Dans la troisième⁸, on a appliqué des raisonnements qui ont été subséquentement⁹ rejetés par des collègues de la Section de première instance. Sauf pour ces dernières causes qui n'ont pas tranché la question de la validité de l'alinéa 51e), il semble b que la Cour fédérale n'ait pas eu l'occasion de répondre aux questions de fond soulevées par le demandeur. Je traiterai tour à tour de chacune des questions dont les parties ont saisi le tribunal.

Possibilité d'incompatibilité avec l'article 3 de la Charte

L'article 3 de la Charte est ainsi libellé:

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

d À première vue, l'alinéa 51e) porte atteinte au droit du demandeur de voter à une élection fédérale comme le lui garantit l'article 3. Nul ne conteste e que s'il était en prison, comme il l'a déjà été et pourrait l'être de nouveau, l'alinéa 51e) l'empêcherait de voter à une élection fédérale.

f Il convient de souligner que l'article 3 ne comporte pas de mots qui en restreindraient la portée comme on en trouve dans la description de nombreux autres droits garantis par la Charte, des mots tels «abusives» à l'article 8, «anormal» à l'alinéa 11a), «arbitraires» à l'article 9, «justes» à l'alinéa 6(3)b), «raisonnable» à l'alinéa 11e) ou «inusités» à l'article 12. On n'y relève pas de notions floues, telle celle d'«association» que l'on trouve à l'alinéa 2d) et l'on n'éprouve aucune difficulté à

⁶ *Jolivet and Barker and The Queen and Solicitor-General of Canada* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (C.S.C.-B.); *Sauvé v. Canada (Attorney-General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.); *Badger v. Canada (Attorney-General)* (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.).

⁷ *Sauvé, Badger, ibid.*

⁸ *Jolivet, précité*, note 6.

⁹ Le juge Reed dans l'arrêt *Gould c. Procureur général du Canada*, [1984] 1 C.F. 1119 (1^{re} inst.) à la p. 1126, où, à l'occasion d'une demande d'injonction du redressement [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.), confirmé par [1984] 2 R.C.S. 124; le juge Rouleau dans l'arrêt *Lévesque c. Canada (procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287 (1^{re} inst.), à la p. 294, ordonnant qu'il soit permis aux détenus des prisons fédérales d'exercer leur droit, en vertu des lois provinciales, de voter à une élection au Québec.

ly protected by such a concept.¹⁰ It is quite clear in section 3 who are the holders of the right (“every citizen of Canada”) and what they are thereby entitled to do (“to vote in an election of the members of the House of Commons . . .”). I am not deterred in this finding by the argument of the defendant that the section cannot be applied literally because there are some, such as infants, who clearly should not have the right to vote. I do not need to define here who may properly be denied the vote; that issue must be determined in each case under section 1 of the Charter. Nor need I be deterred by the fact that section 3 gives to the same people (“every citizen”) the right to be qualified for membership in the House of Commons. That right is also subject to limitations under section 1, and such limitations might be justifiable in different circumstances from those relevant to a limitation on the right to vote.

The existence of section 1 removes any lingering doubt that one might have as to giving section 3 its plain and obvious meaning. A contrast can be made with the United States Constitution, whose First Amendment provides that Congress shall make no law “abridging the freedom of speech”. The U.S. Constitution has no provision comparable to section 1 of the Charter. It has therefore been thought necessary for the U.S. courts to read qualifications into broad guarantees such as the First Amendment guarantee of freedom of speech, giving lesser protection to “commercial speech”. This approach was expressly rejected by the Supreme Court of Canada in *Ford v. Quebec (Attorney General)*¹¹ where the Court said:

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

The Court proceeded also to reject the justification for limits on this freedom said to be based on

¹⁰ See e.g. *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 where the Supreme Court had to determine whether freedom of association includes the right to bargain collectively and the right to strike.

¹¹ [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-767.

discerner les activités qui sont implicitement protégées par les notions employées¹⁰. Il ressort clairement de l'article 3, qui sont les titulaires du droit («Tout citoyen canadien») et ce qu'ils ont à ce titre droit de faire («vote(r) . . . aux élections législatives fédérales . . .»). J'arrive à cette conclusion malgré l'argument de la défenderesse selon lequel l'article ne peut s'appliquer littéralement parce que certains, tels les enfants, ne devraient manifestement pas avoir le droit de vote. Je n'ai pas besoin de définir ici qui peut se voir valablement retirer le droit de vote; cette question doit être tranchée dans chaque cas selon l'article premier de la Charte. Je n'ai pas non plus à me laisser impressionner par le fait que l'article 3 accorde aux mêmes personnes («tout citoyen») le droit d'être éligibles à la Chambre des communes. Ce droit est aussi assujéti à des restrictions par l'article premier et ces restrictions pourraient être justifiées dans des circonstances différentes de celles qui ont trait à la limitation du droit de vote.

Le libellé de l'article premier dissipe tout doute qui pourrait subsister quant à l'interprétation de l'article 3 dans son sens simple et évident. Il contraste en cela avec la Constitution des États-Unis dont le premier amendement porte que le Congrès ne doit édicter aucune loi «restreignant la liberté d'expression». Il n'y a pas, dans la Constitution des États-Unis, de disposition comparable à l'article premier de la Charte. Les tribunaux des États-Unis ont donc jugé nécessaire d'interpréter avec des réserves les garanties de portée générale, telle la garantie de la liberté d'expression du premier amendement, restreignant la protection accordée au «discours commercial». Ce mode d'interprétation a été expressément rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*¹¹ qui a dit:

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

La Cour a également rejeté toute justification de l'imposition de restrictions à cette liberté qui serait

¹⁰ Voir, par ex., *Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 où la Cour suprême devait statuer si la liberté d'association comprend le droit à la négociation collective et le droit de grève.

¹¹ [1988] 2 R.C.S. 712, aux p. 766 et 767.

section 1 of the Charter. (In the later *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* case¹² a majority of the Court held certain limitations on commercial expression to be justified under section 1). The phrase "freedom of expression" is considerably more nebulous than the phrase "the right to vote in an election of members of the House of Commons" and yet the Supreme Court was not prepared to limit the intrinsic content of that guarantee in section 2. There is considerably less basis for so limiting the content of section 3 to what some might regard as a more convenient form that would eliminate the need to justify under section 1 any restrictions on the right to vote.

Counsel for the defendant relied in part on the judgment of Lyon J.A. in *Badger v. Canada (Attorney-General)*¹³ in the Manitoba Court of Appeal where he alone concluded that paragraph 14(4)(e) did not conflict with section 3 of the Charter. He stated:

In my opinion, the enactment of s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was intended to entrench and to constitutionalize the traditional and fundamental right to vote enjoyed and practised by Canadian citizens subject to the reasonable statutory conditions and disqualifications then extant which attached to it. Thus, the right to vote in s. 3 should be read as reflecting that right as it had developed and was known in our country. I am satisfied that the framers of the Charter did not intend to create a new right, reflecting some unfamiliar, unconditional and abstract ideal which had never been enjoyed or accepted by the citizens of Canada. In these circumstances, it is clear that s. 14(4)(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970, c. 14 (1st Supp.), an integral part of the right to vote since Confederation, cannot be construed as being in breach of s. 3 of the Charter. With respect, I find that to hold otherwise, given the history and development of the right to vote in our country, requires a rigid, blinkered and literal interpretation of s. 3 which is unreasonable, unrealistic and unjustified.¹⁴

With the greatest respect I am unable to concur with the learned judge. It appears to me that this view of Charter rights is based on the "frozen concept" interpretation applied to the *Canadian*

fondée sur l'article premier de la Charte. (Dans l'affaire subséquente *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*¹², la Cour a statué à la majorité que certaines restrictions imposées à l'expression commerciale étaient justifiées en vertu de l'article premier.) La formule «liberté d'expression» est beaucoup plus vague que la phrase «droit de vote ... aux élections législatives fédérales», et pourtant la Cour suprême n'a pas voulu restreindre le contenu intrinsèque de cette garantie à l'article 2. Il y a beaucoup moins de raison de restreindre ainsi le contenu de l'article 3 à ce que certains pourraient considérer comme une formulation plus commode qui supprimerait la nécessité de justifier, en vertu de l'article premier, toute restriction au droit de vote.

L'avocat de la défenderesse s'est appuyé en partie sur la décision du juge Lyon de la Cour d'appel du Manitoba dans *Badger v. Canada (Attorney-General)*¹³ où celui-ci, seul, a statué que l'alinéa 14(4)e n'était pas incompatible avec l'article 3 de la Charte. Il a déclaré:

[TRADUCTION] À mon avis, l'adoption de l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* devait enchâsser dans la Constitution le droit de vote traditionnel et fondamental dont jouissaient les citoyens canadiens et qu'ils exerçaient, sous réserve des conditions et incapacités légales raisonnables qui avaient alors cours et auxquelles ce droit était assujéti. Le droit de vote prévu à l'article 3 devrait donc être interprété comme représentant ce droit tel qu'il avait évolué et était connu dans notre pays. Je suis persuadé que les auteurs de la Charte n'avaient pas l'intention de créer un nouveau droit qui aurait correspondu à quelque idéal abstrait, absolu et nouveau dont les citoyens canadiens n'auraient jamais joui ou qu'ils n'auraient jamais accepté. Dans ce contexte, il est clair que l'alinéa 14(4)e de la *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), chap. 14, partie intégrante du droit de vote depuis la Confédération, ne peut être interprété comme enfreignant l'article 3 de la Charte. J'estime respectueusement que pour soutenir le contraire, compte tenu de l'histoire et de l'évolution du droit de vote dans notre pays, il faut interpréter l'article 3 de façon rigide, étroite et littérale, ce qui n'est ni raisonnable, ni réaliste, ni justifié¹⁴.

Sauf le respect que je dois au juge, je ne saurais partager son avis. Cette interprétation des droits énoncés dans la Charte me paraît fondée sur la «théorie du gel des droits» appliquée à la *Déclara-*

¹² [1989] 1 S.C.R. 927.

¹³ (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.).

¹⁴ *Supra*, note 13, at p. 192.

¹² [1989] 1 R.C.S. 927.

¹³ (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.).

¹⁴ *Supra*, note 13, à la p. 192.

Bill of Rights.¹⁵ It is my understanding that the Supreme Court of Canada has rejected this concept as a guide to the interpretation of the Charter. For example in *R. v. Big M Drug Mart Ltd et al.*, Dickson C.J. writing for the majority stated:

The language of the *Charter* is imperative. It avoids any reference to existing or continuing rights but rather proclaims in the ringing terms of s. 2 that:

2. Everyone has the following fundamental freedoms: (a) Freedom of conscience and religion;

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*¹⁶

Consequently the Court in that case struck down the *Lord's Day Act*¹⁷ even though its restrictions on Sunday commercial activity had been in effect since 1906 and had clearly established a familiar limitation on freedom of religion long before the Charter was adopted.

I therefore conclude that paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* and its predecessor, paragraph 14(4)(e), conflict with section 3 of the Charter.

Possible conflict with section 15 of the Charter

Subsection 15(1) of the Charter provides as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

While the issue is raised by the pleadings and the amended agreed statement of facts as to whether the statutory restriction on the plaintiff's right to vote denies him equality under the law contrary to subsection 15(1) of the Charter, counsel for the plaintiff did not press this argument and counsel

¹⁵ R.S.C. 1970, Appendix III. This concept is described in Beaudoin and Ratushny, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989) at pp. 8-9. It was based on the particular wording of section 1 of the Bill which "declared that . . . there have existed and shall continue to exist. . ." the right described in the Bill. (Emphasis added.)

¹⁶ [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 343-344.

¹⁷ R.S.C. 1970, c. L-13.

*tion canadienne des droits*¹⁵. Je crois comprendre que la Cour suprême du Canada a rejeté cette théorie comme norme d'interprétation de la Charte. Ainsi, par exemple, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd et autres*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a déclaré:

Le texte de la *Charte* est impératif. Elle évite de parler de droits existants ou de droits qui continuent d'exister et fait plutôt, à l'art. 2, cette proclamation retentissante:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes: a) la liberté de conscience et de religion;

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*¹⁶

Par conséquent, la Cour dans cette affaire a abrogé la *Loi sur le dimanche*¹⁷ bien que les restrictions qu'elle apportait à l'activité commerciale le jour du Seigneur aient été en vigueur depuis 1906 et aient clairement fixé des limites reconnues à la liberté de religion bien avant l'adoption de la Charte.

Je conclus donc que l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* et celui qui l'a précédé, soit l'alinéa 14(4)e), sont incompatibles avec l'article 3 de la Charte.

Possibilité de conflit avec l'article 15 de la Charte

Voici le paragraphe 15(1) de la Charte:

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

Bien que les plaidoiries et l'exposé conjoint des faits modifié soulèvent la question de savoir si les restrictions apportées par la loi au droit de vote du demandeur suppriment son droit à l'égalité devant la loi à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte, l'avocat du demandeur n'a pas insisté sur

¹⁵ S.R.C. 1970, appendice III. Cette théorie est décrite dans Beaudoin et Ratushny, *Charte canadienne des droits et libertés* (2e éd., 1989) à la p. 11. Elle reposait sur le libellé particulier de l'article premier de la Déclaration où l'on pouvait lire «que . . . [les droits qui y étaient décrits] ont existé et continueront à exister . . . » (Je souligne.)

¹⁶ [1985] 1 R.C.S. 295, aux p. 343 et 344.

¹⁷ S.R.C. 1970, chap. L-13.

for the defendant was content to respond to this issue through his written memorandum of fact and law. I believe it is now clear since decisions such as *R. v. Turpin*¹⁸ and *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*,¹⁹ that for there to be "discrimination" as prohibited by subsection 15(1) the grounds of discrimination must be those specified in subsection 15(1) or others analogous thereto. I am unable to conclude that a law applied to the plaintiff to his disadvantage by reason of the circumstance that he has committed a crime and is imprisoned under lawful sentence amounts to discrimination on some ground analogous to those specified in subsection 15(1).

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

Possible justification under section 1 of the Charter

Two of the three members of the panel of the Manitoba Court of Appeal hearing the case of *Badger v. Canada (Attorney-General)*,²⁰ while accepting that the predecessor to paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* was in conflict with section 3 of the Charter, upheld it on the basis of section 1 thereof. Lyon J.A. who had found no conflict with section 3, also agreed that it was justified by section 1. It is with great deference and some hesitation, therefore, that I embark on this enquiry once again even though the decision of the Manitoba Court of Appeal is not binding on this Court.

I have concluded that the question requires reexamination, however, given the specifics of the decision of the Manitoba Court of Appeal and the circumstances under which it was rendered. It appears to me that the most important factor in the reasons of Monnin C.J.M. and Philp J.A. was that in their view the Trial Judge had given an inappropriate remedy on the eve of an election. A federal election was to be held on November 21, 1988. On November 8, 1988 Hirschfield J., of the

cette question et l'avocat de la défenderesse s'est contenté d'y répondre dans son exposé écrit des faits et du droit. Je crois qu'il est maintenant clair, depuis des arrêts tels *R. c. Turpin*¹⁸ et *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*,¹⁹ que pour qu'il y ait «discrimination» au sens où l'interdit le paragraphe 15(1), les motifs de discrimination doivent être ceux qu'il précise ou d'autres motifs analogues. Je ne peux pas conclure que l'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il est incarcéré en vertu d'une condamnation légitime, constitue de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1).

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

Possibilité de justification en vertu de l'article premier de la Charte

Deux des trois juges de la Cour d'appel du Manitoba saisis de l'affaire *Badger v. Canada (Attorney-General)*²⁰, tout en reconnaissant que la version antérieure de l'alinéa 51(e) de la *Loi électorale du Canada* était incompatible avec l'article 3 de la Charte, l'ont maintenue en se fondant sur l'article premier de celle-ci. En appel, le juge Lyon qui n'avait pas trouvé d'incompatibilité entre ledit alinéa et l'article 3 a aussi convenu que la justification de l'alinéa en cause pouvait être démontrée selon l'article premier. C'est donc avec beaucoup de respect et non sans hésitation que je reprends cet examen, même si l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba ne lie pas cette Cour.

J'en suis venu à la conclusion qu'il fallait étudier de nouveau cette question, compte tenu des points particuliers de l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et des circonstances dans lesquelles il a été rendu. Il me semble que le facteur le plus important dans les motifs énoncés par le juge en chef Monnin du Manitoba et le juge Philp de la Cour d'appel est que, selon eux, le juge de première instance avait consenti un redressement inapproprié à la veille d'une élection. Des élections fédéra-

¹⁸ [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1332-1333.

¹⁹ [1989] 1 S.C.R. 922, at p. 924.

²⁰ *Supra*, note 6.

¹⁸ [1989] 1 R.C.S. 1296, aux p. 1332 et 1333.

¹⁹ [1989] 1 R.C.S. 922, à la p. 924.

²⁰ *Supra*, note 6.

Manitoba Queen's Bench, after a three day hearing, declared that then paragraph 14(4)(e) was inconsistent with section 3 of the Charter and not justified under section 1 of the Charter, being void and of no effect in law. He thereupon ordered the Chief Electoral Officer, one of the respondents, to enumerate the inmates of all penal institutions and ensure that those otherwise lawfully qualified «have the physical capability to vote» in the election to be held on November 21st, some thirteen days later. An appeal from that decision was argued before the Manitoba Court of Appeal on November 14th and 15th and a decision allowing the appeal was issued on November 18th, some three days before the election. It will be noted that relief had been sought, and granted by the Trial Judge, against the Chief Electoral Officer of Canada who would clearly seem to come within the definition of a "federal board, commission or other tribunal" in section 2 of the *Federal Court Act*.²¹ This would bring any relief sought against him within the exclusive jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court under section 18 of the *Federal Court Act*. Both Monnin C.J.M and Philp J.A. recognized the jurisdictional problem but found it unnecessary to decide given their conclusion that the order should in any event be set aside. Both judges appear to take the position that even if the Trial Judge found paragraph 14(4)(e) to be invalid he should not have made the order he did: instead, he should have preserved the *status quo* and allowed Parliament to modify the *Elections Act*.²² It was recognized that the machinery did not exist for the conduct of a "mail-in vote" and such could not reasonably be organized on short notice. The difficulty of the writ of the Manitoba Court only extending to that province, whereas the administration of a federal law was at stake resulting in potential disparity among provinces as to the right of prisoners to vote in a federal election, was also noted. While the merits of a possible justification under section 1 were considered briefly, it appears that the main evidence before the court on that issue had to do with voting restrictions in other jurisdictions. Philp J.A. said that he agreed "*dubitante*" with the conclu-

les allaient avoir lieu le 21 novembre 1988. Le 8 novembre, le juge Hirschfield de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, après trois jours d'audience, a statué que l'alinéa 14(4)e) alors en vigueur était incompatible avec l'article 3 de la Charte et non justifié en vertu de l'article premier de celle-ci, et était nul et sans effet en droit. Il a alors ordonné au directeur général des élections, l'un des intimés, de recenser les détenus de toutes les institutions pénitentiaires et de s'assurer que ceux qui, par ailleurs, étaient légalement habilités à le faire [TRADUCTION] «aient physiquement la possibilité de voter» aux élections devant avoir lieu le 21 novembre, soit treize jours plus tard. La Cour d'appel du Manitoba a été saisie d'un pourvoi de cette décision qu'elle a entendu les 14 et 15 novembre et a accueilli le pourvoi le 18 novembre, trois jours avant les élections. On notera que le redressement avait été sollicité auprès du juge de première instance et par lui accordé contre le directeur général des élections du Canada qui entrerait manifestement dans la définition d'«office, commission ou autre tribunal fédéral» de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.²¹ Cela signifie que toute demande de redressement formulée contre lui relevait de la compétence exclusive de la section de première instance de la Cour fédérale en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Tant le juge en chef Monnin du Manitoba que le juge Philp de la Cour d'appel ont reconnu l'existence du problème de compétence mais ont estimé inutile de le résoudre vu qu'ils statuaient que l'ordonnance devait de toute façon être annulée. Les deux juges semblent avoir adopté comme position que même si le juge de première instance avait déclaré invalide l'alinéa 14(4)e), il n'aurait pas dû rendre l'ordonnance qu'il a rendue; il aurait plutôt dû préserver le statu quo et permettre au Parlement de modifier la *Loi électorale*.²² Il a été reconnu que les mécanismes nécessaires à la tenue d'un scrutin par la poste n'existaient pas, et qu'il ne serait pas possible d'en organiser un en un si bref délai. On a également pris note des problèmes que poserait le fait qu'une ordonnance du tribunal du Manitoba ne s'appliquant que dans cette province alors qu'il s'agissait de l'application d'une loi fédé-

²¹ The version then in force being R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.

²² *Badger case supra*, note 6 at pp. 187, 189-190.

²¹ La version alors en vigueur était celle des S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10.

²² Arrêt *Badger* précité, note 6, aux p. 187, 189 et 190.

sion of the Chief Justice on this point, his doubt arising from

... the broad sweep of the disqualification, affecting all inmates in any penal institution, regardless of the nature of the offences for which they were convicted and regardless of the length of their sentences.²³

In the present case there has been no immediacy and no problem as to an appropriate remedy: the only remedy being sought is a declaration as to the constitutionality of the law in question. Notwithstanding the views of Monnin C.J.M. and Philp J.A. in the *Badger* case, I consider it entirely permissible for me to hold the provision to be invalid and of no effect if I conclude that it is not justified under section 1 of the Charter. Indeed, I have a duty to do so under section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] unless circumstances were such that I could grant some appropriate remedy under subsection 24(1) of the Charter.²⁴

In approaching anew the question of whether the limitation of section 3 rights imposed by paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* is justifiable under section 1, I have had regard to what Dickson C.J. stated in *R. v. Oakes* as to a "contextual element of interpretation of section 1" provided by the words "free and democratic society" in that section.

Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human

²³ *Ibid.*, at p. 188.

²⁴ See *Big M* case, *supra*, note 16, at p. 313; *Schachter v. Canada*, [1990] 2 F.C. 129 (C.A.), at pp. 136-138.

rale, elle pourrait produire des disparités entre les provinces quant au droit de vote des détenus à des élections fédérales. Si l'on a abordé brièvement le bien-fondé d'une éventuelle justification en vertu de l'article premier, il semble que les principales dépositions devant le tribunal sur cette question aient eu trait aux restrictions au droit de vote dans d'autres juridictions. Le juge Philp de la Cour d'appel s'est dit d'accord avec la décision du juge en chef sur ce point mais non sans éprouver quelque doute lui venant de

[TRADUCTION] ... la vaste portée de l'inhabilité frappant tous les détenus de quelque établissement pénitentiaire que ce soit, indépendamment de la nature des infractions pour lesquelles ils ont été condamnés et de la durée de leur peine.²³

En l'espèce, il n'y avait ni urgence ni problème quant au caractère approprié du recours, le seul sollicité était un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la loi en cause. Nonobstant les opinions émises par le juge en chef Monnin du Manitoba et le juge Philp de la Cour d'appel dans l'arrêt *Badger*, j'estime qu'il m'est entièrement loisible de statuer que l'alinéa est invalide et sans effet si je conclus que sa justification ne peut se démontrer selon l'article premier de la Charte. Il est même de mon devoir de le faire d'après l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] à moins que les circonstances ne soient telles que je puisse accorder quelque réparation convenable aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte.²⁴

En abordant à nouveau la question de savoir si les restrictions apportées aux droits énoncés à l'article 3 par l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* sont justifiables selon l'article premier, j'ai tenu compte de l'opinion exprimée par le juge Dickson de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Oakes* quant à «l'élément contextuel d'interprétation de l'article premier» fourni par les mots «société libre et démocratique» de cet article.

L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être

²³ *Ibid.*, à la p. 188.

²⁴ Voir l'arrêt *Big M*, précité, note 16, à la p. 313; *Schachter v. Canada*, [1990] 2 C.F. 129 (C.A.), aux p. 136 à 138.

person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.²⁵ (Emphasis added.)

It is important to note the recognition in this statement of respect for the individual as an inherent element of a free and democratic society.

In this same case the Supreme Court of Canada laid down basic criteria for reliance on section 1 as a justification for abridgements of rights otherwise guaranteed by the Charter. The Court made it clear that the onus is on the party seeking to uphold the limitation of rights, the burden of proof being by a preponderance of probability which test, it said, "must be applied rigorously".²⁶ The limitation must be justified both as to its ends and as to its means: or what is now commonly described as the test of both the objective and the proportionality of the limitation. The objective, it was said, must "relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society" before it can justify the limitation. If the limitation is justified by this test, then the proportionality of its means must be demonstrated. The Supreme Court elaborated the latter test as involving three aspects:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, . . . Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".²⁷

²⁵ [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136.

²⁶ *Ibid.*, at pp. 136-137.

²⁷ *Ibid.*, at p. 139.

humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.²⁵ (Je souligne.)

Il importe de souligner, dans cette déclaration, la reconnaissance du respect de l'individu comme élément intrinsèque d'une société libre et démocratique.

Dans cette même affaire, la Cour suprême du Canada a établi des critères qui permettent d'invoquer l'article premier de la Charte pour justifier des restrictions aux droits garantis par celle-ci. La Cour a établi clairement que c'est à la partie qui préconise des restrictions à un droit qu'il incombe d'en démontrer la légitimité en en faisant la preuve selon la prépondérance des probabilités, critère, d'ajouter la Cour, qui «doit être appliqué rigoureusement»²⁶. Les restrictions doivent être justifiées tant par leurs fins que par leurs moyens, c'est-à-dire qu'il faut leur appliquer ce que l'on appelle communément aujourd'hui la règle à la fois de l'objectif et de la proportionnalité. Il faut que l'objectif, a-t-on dit, «se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour que les restrictions puissent se justifier. Si les restrictions sont justifiées selon cette norme, il faut alors appliquer le critère de proportionnalité aux moyens employés pour les mettre en œuvre. Selon la Cour suprême, ce dernier critère comporte trois éléments:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [. . .] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important»²⁷.

²⁵ [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136.

²⁶ *Ibid.*, aux p. 136 et 137.

²⁷ *Ibid.*, à la p. 139.

Some moderation of the test of a legitimate objective was later suggested in the case of *Andrews v. Law Society of British Columbia* where McIntyre J. resiled from the “pressing and substantial” test to one of determining whether the limitation

... represents a legitimate exercise of the legislative power for the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights.²⁸

Counsel for the defendant also pointed out that in the recent Supreme Court of Canada decision in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*²⁹ La Forest J. writing for the majority had indicated that a court should be more activist in judging proportionality of a measure where the state is the “singular antagonist” of the person whose rights have been violated, but show more deference to the legislative assessment of proportionality in respect of legislation involving “the reconciliation of claims of competing individuals or groups”. Counsel for the defendant contended that if paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* limits the right to vote, this is a limitation of the latter kind and therefore the Court should defer to the judgment of Parliament. I am unable to see why this limitation is not one where the state is the “singular antagonist” of the plaintiff whose rights have been violated. The justifications offered by the defendant for this legislation, which will be discussed below, all relate to the public interest supposedly represented by the state. I therefore see no need for a greater measure of deference to Parliament in assessing the proportionality of this limitation, assuming it has some valid objective.

I will now turn to the application of the two tests under section 1 as mandated by the Supreme Court.

(i) Objective — The defendant defines the objectives of paragraph 51(e) and its predecessor as being:

- (a) to affirm and maintain the sanctity of the franchise in our democracy;
- (b) to preserve the integrity of the voting process; and
- (c) to sanction offenders.

²⁸ [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 184.

²⁹ [1990] 3 S.C.R. 483.

Par la suite, dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, il a été proposé d'atténuer quelque peu la règle de la légitimité de l'objectif quand le juge McIntyre a préféré à la norme des préoccupations «urgentes et réelles» une règle consistant à décider si la restriction

... constitue un exercice légitime du pouvoir législatif visant à réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution²⁸.

b L'avocat de la défenderesse a également signalé que dans le récent arrêt de la Cour suprême du Canada, *Stoffman c. Vancouver General Hospital*²⁹, le juge La Forest, au nom de la majorité, a déclaré qu'un tribunal devrait jouer un rôle plus actif en jugeant de la proportionnalité d'une mesure lorsque l'État est l'«adversaire singulier» de la personne dont les droits ont été violés, mais montrer plus de déférence pour le législateur dans l'appréciation qu'il fait de la proportionnalité lorsqu'il s'agit de «la conciliation des revendications contraires de groupes ou d'individus». Pour l'avocat de la défenderesse, si l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* restreint le droit de vote, il s'agit d'une restriction du second type et le tribunal devrait par conséquent s'en remettre au jugement du Parlement. Je suis incapable de voir pourquoi cette restriction n'en serait pas une où l'État est l'«adversaire singulier» du demandeur dont les droits ont été violés. Les justifications qu'invoque la défenderesse en faveur de cette loi, que nous étudierons plus loin, ont toutes trait à l'intérêt du public supposément représenté par l'État. Je ne vois donc aucune nécessité de se montrer plus déférent envers le Parlement dans l'appréciation que l'on fait de la proportionnalité de cette restriction en supposant qu'elle vise un objectif légitime.

h J'aborde maintenant l'application des deux critères imposés par la Cour suprême pour l'interprétation de l'article premier.

(i) L'objectif — La défenderesse définit les objectifs de l'alinéa 51e) et de sa version antérieure ainsi:

- a) proclamer et sauvegarder le caractère sacré du droit de vote dans notre démocratie;
- b) préserver l'intégrité du processus électoral; et
- c) imposer des sanctions aux contrevenants.

²⁸ [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 184.

²⁹ [1990] 3 R.C.S. 483.

The only evidence produced by the defendant in support of the limitation of the right of prisoners to vote was that of an expert, Professor Rainer Knopff, professor of political science at the University of Calgary. His evidence related primarily to objectives (a) and (b) and, to a much lesser degree, objective (c). The defendant specifically eschewed any claim that allowing prisoners to vote would create undue administrative or security problems and no evidence was presented to this effect.

With respect to objective (a) involving the “sanctity” of the franchise, the basic proposition of the defendant is that

constitutional democracies require a decent and responsible citizenry who respect and voluntarily abide by the laws of the state.

Much of the evidence of professor Knopff focused on this proposition. He analyzed the views of a variety of political and legal philosophers from the 17th to the 20th century in support. He demonstrated how this notion of the prerequisite of a democratic state has been variously based on natural rights, social contract, liberal philosophy, and utilitarian theories.

This proposition appears to me to be descriptive, rather than prescriptive. The “social contract” is surely a metaphor for the evolution of modern consensually-based societies, which are based on at least the acquiescence of most citizens in the system of government in place. There flows from this a general, but not universal, acceptance of the laws generated by that system. As many liberal philosophers have observed, a liberal democracy cannot be maintained where laws are not generally acceptable to most people because otherwise the police measures necessary for effective law enforcement would destroy individual rights and liberties.

While this proposition of the defendant embodies a reasonable description of certain practical preconditions for a modern liberal democratic state, it is not self-apparently prescriptive of exclusionary measures that may or must be taken against certain classes of potential voters. On its face it does not alter the basic principle that in a democratic state it is the voters who choose the government, not the other way around.

Le seul témoignage produit par la défenderesse à l'appui des restrictions au droit de vote des détenus a été celui d'un spécialiste, M. Rainer Knopff, professeur de sciences politiques à l'Université de Calgary. Son témoignage avait trait surtout aux objectifs a) et b) et, dans une moindre mesure, à l'objectif c). La défenderesse s'est particulièrement abstenue de prétendre que le fait de permettre aux prisonniers de voter créerait des problèmes administratifs ou de sécurité injustifiés et aucun élément de preuve n'a été présenté en ce sens.

Quant à l'objectif a) touchant le «caractère sacré» du droit de vote, le principe fondamental de la défenderesse est que

la démocratie constitutionnelle exige des citoyens honnêtes et responsables qui se soumettent spontanément aux lois de l'État.

Une bonne part du témoignage du professeur Knopff est centrée sur cette proposition. Il analyse les opinions de divers auteurs de philosophie politique et juridique depuis le XVIIe jusqu'au XXe siècle à l'appui de sa thèse. Il démontre comment ce prérequis de l'État démocratique a été diversement fondé sur le droit naturel, le contrat social, la philosophie libérale et les théories utilitaires.

Cette démonstration me paraît tenir davantage de la description que de la prescription. Le «contrat social» est sûrement une métaphore pour désigner l'évolution des sociétés modernes fondées sur le consensus, soit au moins sur la soumission de la plupart des citoyens au système de gouvernement établi. D'où découle une acceptation générale mais non universelle des lois édictées par ce système. Comme l'ont fait observer de nombreux philosophes libéraux, une démocratie ne saurait survivre là où les lois ne sont pas généralement acceptables à la plupart des gens car autrement les mesures de police nécessaires pour appliquer efficacement les lois détruiraient les droits et libertés individuels.

Si cette définition de la défenderesse contient une description raisonnable de certaines conditions préalables à un État démocratique libéral et moderne, elle ne semble pas d'elle-même prescrire les mesures d'exclusion qui peuvent ou doivent être prises contre certaines catégories d'éventuels électeurs. À première vue, elle ne modifie pas ce principe fondamental qui veut qu'en démocratie, ce soient les électeurs qui choisissent le gouvernement et non l'inverse.

What I must instead be satisfied about in the case before me is the justifiability of the objective of this particular law. How is that objective to be determined? Presumably I can resort to both its purpose and its effect to the extent that these can be ascertained. There is no hint in the *Canada Elections Act* as to the purpose of this provision: the disqualification of prisoners appears amidst a number of disparate disqualifications including those of officers responsible for the conduct of the election, federally appointed judges, those deprived of management of their property by reason of mental disease and those specifically disqualified for corrupt or illegal election practices. No extrinsic evidence was presented to me as to the purpose of Parliament in adopting this legislation, other than the retrospective rationalizations offered by professor Knopff. His able description of the ruminations of philosophers from Immanuel Kant to George Grant gives me very little clue as to the specific purpose of the Parliament of Canada in adopting paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*. When I look to its effect, however — and I have only the words of the Act and judicial notice of community characteristics to guide me — I am unable to see evidence of a legitimate objective of requiring a “decent and responsible citizenry”, even using the less demanding test of

the attainment of a desirable social objective which would warrant overriding constitutionally protected rights.³⁰

Although it is essential to a modern liberal democracy that the majority of people be “decent and responsible” in the sense of accepting the existence of the state and the legitimacy of its legal system as well as obeying most of its positive laws, this tells us very little about how far the state can go in suppressing those who do not conform to the majority consensus. It seems to me a very dubious proposition to accept as a corollary of such a state that its legislators may impose tests of “decency” and “responsibility” on voters going beyond basic requirements of capacity (related to maturity and mental condition) to cast a meaningful vote. Even if such a “social objective” can be legitimate, the law in question here must be seen as not embodying such an objective. It is arbitrary in singling out one category of presumably indecent or irrespon-

³⁰ *Supra*, note 28.

Ce dont je dois plutôt m’assurer, dans l’affaire dont je suis saisi, c’est que l’objectif de cette loi particulière est justifiable. Comment déterminer cet objectif? Je présume que je puis le faire en étudiant tant son but que ses effets dans la mesure où ceux-ci peuvent être établis. La *Loi électorale du Canada* ne fournit aucun indice sur le but de cette disposition: l’incapacité qui frappe les détenus figure parmi diverses autres, notamment celle des directeurs et fonctionnaires responsables du déroulement du scrutin, les juges nommés par les autorités fédérales, les personnes privées de la gestion de leurs biens pour cause de maladie mentale et les personnes spécifiquement inhabiles à voter pour manœuvres électorales frauduleuses ou actes illégaux. Il ne m’a été soumise aucune preuve extrinsèque de l’objectif poursuivi par le Parlement en adoptant cette législation, autre que la rétrospective théorique du professeur Knopff. Son expertise description des méditations des philosophes d’Emmanuel Kant à George Grant me fournit très peu d’indices de l’objectif exact poursuivi par le Parlement en adoptant l’alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*. Mais lorsque je considère son effet — et je n’ai pour me guider que les termes de la Loi et ma connaissance d’office des caractéristiques de la collectivité —, je suis incapable d’y voir la preuve d’un objectif légitime consistant à exiger «des citoyens honnêtes et responsables», même en utilisant une norme moins sévère, soit réaliser un objectif social souhaitable qui justifierait la suppression de droits garantis par la Constitution³⁰.

Bien qu’il soit essentiel à une démocratie libérale moderne que la majorité de ses citoyens soient «honnêtes et responsables» en ce sens qu’ils acceptent l’existence de l’État et la légitimité de son système juridique et qu’ils obéissent à la plupart de ses lois positives, cela nous en dit très peu sur jusqu’où l’État peut aller dans la suppression de ceux qui ne se conforment pas à la volonté de la majorité. Il me semble fort douteux que l’on puisse accepter comme corollaire de l’existence d’un tel État que ses législateurs puissent imposer des critères d’honnêteté et de responsabilité aux électeurs au-delà des exigences fondamentales relatives à la capacité (liée à la majorité et à la santé mentale) de déposer un bulletin de vote en connaissance de cause. Même si un tel «objectif social» pouvait être légitime, il faut considérer que la loi

³⁰ Précité, note 28.

sible citizens to deny them a right which they otherwise clearly have under section 3. It is self-apparent that there are many indecent and irresponsible persons outside of prison who are entitled to vote and do vote; on rare occasions some even get elected to office. On the other hand there are many law-breakers who are never charged with offences, and a high percentage of those who are never imprisoned. Those who have been identified among the indecent and irresponsible by a sentence of imprisonment do not necessarily become decent and responsible upon release, although their voting rights automatically arise again under the *Canada Elections Act*. I therefore do not find, in the effects of this provision, a clear indication of a legitimate objective of confining the vote to the “decent” and the “responsible”, nor do I find that objective sufficiently meaningful or workable to sustain a direct and expressed deprivation of a right guaranteed under section 3 of the Charter.

In support of objective (b) concerning the preservation of the “integrity of the voting process” as asserted by the defendant, counsel argued that voting involves more than marking a ballot: it is the final step after discussion and debate. Therefore the deprivation of a prisoner’s right to vote is a recognition that “the conditions which . . . prevail in a penal institution, are inimical to such discussion and interplay”. There was absolutely no evidence presented on this point by the defendant. The plaintiff in his own testimony related how he was able to follow public events in prison through watching numerous public affairs programs on television and reading newspapers and magazines regularly available to inmates.³¹ I therefore do not accept this as an objective sufficient to justify the

³¹ I refused to allow another witness to testify for the plaintiff on the subject of conditions in this respect in several prisons. It appeared to me that his evidence was of an expert nature which had not been preceded by a proper affidavit as required by Rule 482. I indicated that I would consider allowing him to give rebuttal evidence, as is permitted under Rule 482, if the defendant introduced evidence on this subject. The defendant introduced no such evidence and the plaintiff made no further request to call this witness.

en cause ici ne comporte pas un tel objectif. Elle est arbitraire en ce qu’elle distingue une catégorie de citoyens présumés malhonnêtes ou irresponsables pour leur retirer un droit que par ailleurs l’article 3 manifestement leur confère. Il est évident qu’il y a de nombreuses personnes malhonnêtes et irresponsables hors des prisons qui ont le droit de vote et qui de fait votent; il arrive même parfois que certaines se fassent élire. Par contre, de nombreux contrevenants ne sont jamais accusés et un fort pourcentage de ceux qui le sont ne sont jamais incarcérés. Ceux qui ont été désignés parmi les malhonnêtes et irresponsables par une peine d’emprisonnement ne deviennent pas nécessairement honnêtes et responsables à leur élargissement, bien qu’ils récupèrent automatiquement et aussitôt leur droit de vote en vertu de la *Loi électorale du Canada*. Je ne trouve donc pas dans les effets de cette disposition une indication claire d’un objectif légitime consistant à réserver le droit de vote aux gens «honnêtes» et «responsables» et je ne trouve pas non plus que cet objectif a suffisamment de sens et est assez réalisable pour légitimer le retrait direct et explicite d’un droit garanti par l’article 3 de la Charte.

À l’appui de l’objectif b), soit la préservation de «l’intégrité du processus électoral» comme l’a affirmé la défenderesse, le procureur de celle-ci a soutenu que voter c’est plus que marquer un bulletin de vote: c’est l’étape finale après discussions et débats. Donc retirer à un détenu son droit de vote, c’est reconnaître que «des conditions qui . . . règnent dans une institution pénitentiaire ne permettent pas de telles discussions et échanges». La défenderesse n’en a pourtant présenté absolument aucune preuve. Dans sa propre déposition, le demandeur a raconté comment il pouvait suivre l’actualité en prison en regardant de nombreuses émissions sur les affaires publiques à la télévision et en lisant les journaux et périodiques régulièrement mis à la disposition des détenus³¹. Je n’ac-

³¹ J’ai refusé à un autre témoin la possibilité de déposer pour le demandeur au sujet des conditions régnant à ce propos dans plusieurs prisons. Il m’a semblé que ce témoignage était assimilable à un témoignage d’expert et qu’il n’avait pas été précédé du dépôt d’un affidavit en bonne et due forme ainsi que l’exige la Règle 482. J’ai déclaré que si la défenderesse présentait quelque preuve à ce sujet, j’envisagerais de le laisser réfuter cette preuve, comme le permet la Règle 482. La défenderesse n’a produit aucune preuve en ce sens et le demandeur n’a plus demandé à faire comparaître ce témoin.

denial of a right expressly guaranteed by section 3 of the Charter.

The defendant put in evidence through Professor Knopff, and through filing legislation of Canadian and foreign jurisdictions, to show that the disqualification of prisoners from voting is a widespread practice in countries we would regard as free and democratic. I understand this to be submitted essentially in support of objectives (a) and (b) as identified by the defendant. Professor Knopff demonstrated that such disqualification goes back to at least the beginning of the 19th century, and one might observe that before that time the franchise in most of these countries was already drastically limited to the privileged few. Without going into details of existing provisions one may note that in all provinces of Canada except Newfoundland and Quebec prisoners are denied the right to vote in provincial elections. In the United Kingdom and New Zealand prisoners may not vote. All but eight of the states in the continental United States deny the vote to prisoners convicted for at least certain crimes, varying from one state to another. In Australia at the federal level there is disenfranchisement for those convicted of more serious offences. Among the Australian states, one disqualifies all prisoners under conviction, four states disqualify those serving sentences of more than a specified number of years, and one state permits prisoners to vote. France disqualifies many categories of convicted persons, including some not serving prison sentences. As a practical matter prisoners in Ireland cannot vote because they are not released for this purpose nor is there any system of proxy voting. On the other hand, convicted persons have the same right to vote as anyone in Denmark, Sweden, and Switzerland. Interestingly, in certain other states the deprivation of the right to vote of a prisoner depends on the court specifically ruling to that effect: these include Germany, Greece, and Spain. I do not find this evidence compelling in support of the objectives of requiring a decent and responsible citizenry or preserving the integrity of the voting process. I have no idea what objective these countries had in mind, if any, in adopting these provisions.

cepte donc pas cela comme un objectif suffisant pour justifier la négation d'un droit expressément garanti par l'article 3 de la Charte.

La défenderesse, je crois comprendre, essentiellement à l'appui des objectifs a) et b) qu'elle a elle-même définis, a produit par l'entremise du professeur Knopff et en déposant des lois du Canada et d'autres États, des éléments de preuve visant à démontrer que le retrait du droit de vote aux détenus est une pratique courante dans des pays que nous considérons comme libres et démocratiques. Le professeur Knopff a démontré que cette perte de capacité remonte au moins au début du XIXe siècle, et il faut dire qu'avant cette époque, le droit de vote dans la plupart de ces pays était déjà rigoureusement réservé à quelques privilégiés. Sans entrer dans le détail des lois actuelles, il convient de noter que dans toutes les provinces du Canada sauf Terre-Neuve et Québec, les lois provinciales retirent aux détenus le droit de voter aux élections provinciales. Au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande, les détenus sont privés du droit de vote. Tous les États continentaux des États-Unis sauf huit retirent le droit de vote aux détenus condamnés pour au moins certains actes criminels variant d'un État à l'autre. En Australie, au niveau fédéral, l'incapacité frappe ceux qui sont condamnés pour les délits les plus graves. En Australie, un des États retire le droit de vote à tous les détenus condamnés, quatre à tous ceux qui purgent des peines de plus d'un nombre déterminé d'années et un permet aux détenus de voter. La France retire ce droit à de nombreuses catégories de condamnés dont certains ne purgent pas de peine d'emprisonnement. En Irlande, les détenus ne peuvent pas voter en pratique parce qu'on ne leur accorde pas de sortie à cette fin et qu'il n'existe pas de mode de vote par procuration. Par contre, les détenus peuvent voter comme tout le monde au Danemark, en Suède et en Suisse. Fait intéressant, dans certains autres États, notamment en Allemagne, en Grèce et en Espagne, c'est au tribunal qu'il revient, par une ordonnance spéciale à cet effet, de priver un détenu de son droit de vote. Je ne trouve pas que cette preuve me contraint à appuyer les objectifs qui consistent à exiger que les citoyens soient honnêtes et responsables ou à préserver l'intégrité du processus électoral. Je n'ai aucune idée des objectifs que ces pays ont pu avoir à l'esprit, si tant est qu'ils en aient eu, lorsqu'ils ont adopté ces dispositions.

Objective (c) contended for by the defendant, “to sanction offenders”, appears to me to be much more plausible. The disqualification from voting provided in paragraph 51(e) is confined to those

undergoing punishment as an inmate in any penal institution for the commission of any offence.

Thus it does not disqualify those who are in prison awaiting trial, those charged with offences but not convicted, and those whose punishment by a prison term has been completed. Those who suffer a deprivation of their section 3 voting right are precisely those who have been identified as warranting punishment by imprisonment and the deprivation lasts as long as does the imprisonment. On the face of it it is hard to characterize this as an invalid objective in and of itself. It is accepted that the state may punish those who commit crimes even though such punishment involves the deprivation of Charter rights or liberties such as freedom of association and assembly in section 2.

(ii) Proportionality — I will apply, in respect of the objectives identified by the defendant, the three components of the proportionality test as identified in *Oakes*: namely, whether the means employed are rationally connected to the objective; if so do they impair as little as possible the right of freedom in question; and is there proportionality between the effects of the measure in question and the objective to be achieved.

As I have rejected the alleged objective of maintaining a decent and responsible citizenry and the integrity of the vote I will not deal at length with the proportionality test as applied to those objectives. If however I should be wrong in rejecting them as legitimate objectives I would simply refer back to what I said in the context of seeking to ascribe some objective to paragraph 51(e). That is, the impugned provision appears to me to be rationally connected to neither of these objectives. With respect to its use to require a decent and responsible citizenry, I indicated that by limiting its reach to those in prison it would arbitrarily single out a few of the many whose franchise should be denied on the same grounds. With respect to the alleged objective of preserving the integrity of the voting process, I have demonstrated that there was no evidence to show any rational connection between paragraph 51(e) and the exclusion from the

L’objectif c) que préconise la défenderesse, soit «imposer des sanctions aux contrevenants» me semble beaucoup plus plausible. La perte du droit de vote décrétée par l’alinéa 51e) se limite à toute

a personne

détenue dans un établissement pénitentiaire et y purgeant une peine pour avoir commis quelque infraction.

Elle ne frappe donc pas les personnes détenues dans l’attente de leur procès, celles qui sont accusées mais non condamnées ni celles qui ont purgé leur peine d’emprisonnement. Les personnes privées du droit de vote prévu à l’article 3 sont précisément celles qui ont été désignées comme méritant une peine d’emprisonnement et la privation de leur droit dure aussi longtemps que leur peine. De prime abord, il est difficile de prétendre qu’un tel objectif ne soit pas légitime en soi. Il est admis que l’État peut punir les criminels, même si la peine comporte la privation de droits et libertés prévus à la Charte, telle la liberté d’association et d’assemblée mentionnée à l’article 2.

(ii) La proportionnalité — Je vais appliquer aux objectifs définis par la défenderesse les trois éléments du critère de proportionnalité établis dans l’arrêt *Oakes*, soit que les moyens employés doivent avoir un lien rationnel avec l’objectif; le cas échéant, qu’ils portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question et enfin qu’il y ait proportionnalité entre les effets des mesures en question et l’objectif à atteindre.

Ayant rejeté comme prétendu objectif le maintien d’une population de citoyens honnêtes et responsables et de l’intégrité du processus électoral, je ne traiterai pas longuement de l’application du critère de proportionnalité à ces objectifs. Si toutefois j’avais tort de les rejeter comme objectifs légitimes, je renverrais tout simplement le lecteur à ce que j’ai écrit lorsque j’ai tenté d’attribuer un objectif quelconque à l’alinéa 51e). C’est-à-dire que les dispositions contestées me semblent n’avoir de lien rationnel avec aucun de ces objectifs. Quant à les utiliser pour obtenir des citoyens honnêtes et responsables, j’ai indiqué que le fait d’en limiter la portée aux seuls détenus, désignerait de façon arbitraire quelques-unes des nombreuses personnes auxquelles le droit de vote devrait être retiré pour les mêmes motifs. Quant à les utiliser pour préserver l’intégrité du processus électoral, j’ai démontré qu’aucune preuve n’attestait l’exist-

franchise of those not able to participate fully in political life. If one were to join this particular crusade advocated by Crown counsel, it would be necessary to disenfranchise the sick and the elderly who are confined to their homes or institutions, those in hospital prior to an election, probably those out of the country during election campaigns, the illiterate, those who live in remote parts of the country and, most of all, those hundreds of thousands who live in our midst and who, according to regular polls, take no interest whatever in politics. The absurdity of this proposition throws into question the whole argument that the state has a right to choose among adult citizens of sound mind as to who is worthy to vote.

Applying the second component of the *Oakes* test to these two alleged objectives, it cannot be said that the provision in question impairs "as little as possible" the section 3 rights; indeed the effect is quite the contrary. Paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act* is a direct frontal assault on the right to vote of those to whom it applies, a total abolition of that right for the period in question.

Applying the third part of the *Oakes* test, I believe what has gone before will explain my conclusion that the serious effect of the total denial of the vote to prisoners is out of proportion to the very doubtful and ill-defined objectives under consideration at this point.

I now turn to the application of the *Oakes* test of proportionality to the third objective asserted, that of sanctioning offenders. There is a clearly rational connection between this objective of punishment and the denial of the vote. Denial applies only in respect of those convicted of crimes and sentenced to prison, while they are actually serving their sentences. Such persons are by definition worthy of punishment and the denial of the vote, like the legal denial of any other right or privilege of prisoners, is a penalty.

Again, however, it cannot be said that this means of punishment impairs the section 3 right

tence de quelque lien rationnel entre l'alinéa 51e) et le retrait du droit de vote à ceux qui sont incapables de participer pleinement à la vie politique. S'il fallait se joindre à cette croisade prêchée par le procureur de la Couronne, il faudrait déclarer inhabiles les malades et les personnes âgées retenues à la maison ou dans des institutions, celles qui sont hospitalisées avant des élections, probablement celles qui se trouvent à l'étranger pendant les campagnes électorales, les illettrés, ceux qui vivent dans des régions isolées du pays et surtout, ces centaines de milliers de personnes qui vivent parmi nous et qui, selon les scrutins réguliers, ne s'intéressent aucunement à la politique. L'absurdité de cette proposition remet en cause toute l'argumentation selon laquelle l'État aurait le droit de choisir, parmi les citoyens adultes et sains d'esprit ceux qui sont dignes de voter.

Si l'on applique à ces deux prétendus objectifs le deuxième élément du critère de l'arrêt *Oakes*, on ne saurait dire que la disposition en cause porte atteinte «le moins possible» aux droits prévus à l'article 3, bien au contraire. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* attaque directement le droit de vote des personnes auxquelles il s'applique en abolissant ce droit pour la période en cause.

Si l'on applique le troisième élément du critère de *Oakes*, je crois que ce qui précède expliquera ma conclusion, soit que les effets graves du refus total du droit de vote aux détenus est hors de proportion avec les objectifs fort douteux et mal définis examinés en l'espèce.

Je vais maintenant appliquer le critère de la proportionnalité établi dans *Oakes* au troisième objectif énoncé, soit l'imposition de sanctions aux contrevenants. Il existe un lien clairement rationnel entre cet objectif de châtement et le retrait du droit de vote. Ce retrait ne s'applique qu'aux personnes déclarées coupables d'actes criminels et condamnées à l'emprisonnement, pendant qu'elles purgent effectivement leur peine. Ces personnes, par définition, méritent un châtement et le retrait du droit de vote, comme le retrait légal de tout autre droit ou privilège aux détenus, constitue une sanction.

Ici encore, cependant, on ne saurait dire que ce mode de châtement porte atteinte «le moins possi-

“as little as possible”. Instead it directly and completely abolishes that right for the period of imprisonment. In this it is in contrast to incidental abridgment, brought about by imprisonment, of other Charter rights and freedoms such as freedom of association or assembly or expression.

Finally, with respect to voting disqualification as punishment, the government has not demonstrated to my satisfaction that the outright denial of the vote of every prison inmate is proportional to this objective. First, it may be noted that paragraph 51(e) applies no matter what the seriousness of the crime may be for which the inmate is being punished. Secondly, the actual effect on the inmate's right to vote will be quite arbitrary, depending on fortuitous circumstances such as the timing of federal elections in relation to the period he happens to serve his sentence. Thus someone in prison for two weeks for non-payment of parking fines could lose his vote for four years because his sentence happened to coincide with a federal election. On the other hand, someone sentenced to prison for five years for fraud or sexual assault and released on parole after three and one-half years might never miss the opportunity to vote. Thus there is no necessary coordination between serving of a prison sentence and the actual loss of a right to vote. Thirdly, there is a lack of proportionality between the objective and the denial of the vote in that corrections theory in Canada for the last fifty years has moved in the direction of rehabilitation and the preparation of inmates for reentry into society. This was described in the testimony of Professor Roderick C. Macleod, a professor of history at the University of Alberta, who testified on behalf of the plaintiff. The strength of any justification for the denial of the vote based on the objective of punishment must depend in part on the importance of punishment by itself in the process. It is implicit in our elaborate prison and parole programs that the corrections process involves something more than vengeance or deterrence: it is also designed to protect society by trying to further the orderly reentry therein of former inmates. This process begins before inmates complete their sentences and may include vocational or academic training in prison or extramurally, temporary passes, day parole, full parole, or mandatory supervision. In this process

ble» au droit prévu à l'article 3. Au contraire, il abolit directement et totalement ce droit pour la durée de l'emprisonnement. Il se distingue en cela de l'abolition incidente, résultant de l'emprisonnement, des autres droits et libertés prévus à la Charte, telle la liberté d'association, d'assemblée ou d'expression.

Enfin, pour ce qui est de la perte de la capacité de voter comme châtement, le gouvernement n'a pas démontré à ma satisfaction que le retrait absolu du droit de vote à tous les détenus est proportionné à cet objectif. D'abord, on peut noter que l'alinéa 51e) s'applique quelle que soit la gravité de l'acte pour lequel le détenu est puni. En second lieu, l'effet réel sur le droit de vote du détenu sera fort arbitraire, selon des circonstances fortuites tel le moment où des élections fédérales auront lieu par rapport à celui où il purgera sa peine. Ainsi, un individu incarcéré pendant deux semaines pour n'avoir pas réglé des contraventions au règlement sur le stationnement pourrait perdre son droit de vote pour quatre ans si sa peine coïncidait par hasard avec des élections fédérales. Par contre, un autre, condamné à cinq ans d'emprisonnement pour fraude ou agression sexuelle et bénéficiant d'une libération conditionnelle après trois ans et demi pourrait ne jamais rater l'occasion de voter. Ainsi, il n'existe aucune coordination nécessaire entre le fait de purger une peine d'emprisonnement et la perte effective de son droit de vote. En troisième lieu, il y a un manque de proportion entre l'objectif et le retrait du droit de vote en ceci que depuis cinquante ans, la théorie de la correction au Canada a évolué en direction de la réhabilitation et de la préparation des détenus à leur réinsertion sociale. C'est ce qu'a décrit dans sa déposition en faveur du demandeur M. Roderick C. Macleod, professeur d'histoire à l'Université d'Alberta. Toute justification du retrait du droit de vote ayant le châtement pour objectif tire en partie sa force de l'importance du châtement lui-même dans ce processus. Nos programmes raffinés d'incarcération et de libération conditionnelle reposent implicitement sur le fait que le processus de correction comporte quelque chose de plus que de la vengeance ou de la dissuasion; il est aussi destiné à protéger la société en y favorisant la réinsertion harmonieuse des anciens détenus. Ce processus est enclenché avant que les détenus aient fini de purger leur peine et peut comporter de la forma-

the element of punishment is reduced in importance and the re-adjustment of the inmate to society is emphasized. Voting could form part of that re-adjustment. It is important to keep this in mind in assessing the significance of the purpose of punishment in comparison to the effect of an absolute interference with a Charter right, namely the denial of the vote throughout the term of imprisonment.

One finds in some of the foreign legislation a more sensitive regard for proportionality. Some jurisdictions such as Germany, Greece and Spain allow the sentencing court at its discretion to order a forfeiture of the vote in certain cases. Many other jurisdictions limit the deprivation of vote to those serving sentences for the most serious crimes. No such niceties soften the blunt instrument of paragraph 51(e) of the *Canada Elections Act*.

Several judges of provincial superior courts have observed a lack of proportionality in the predecessor to paragraph 51(e) or its provincial equivalents. Scollin J. of the Manitoba Court of Queen's Bench in *Badger et al. v. Manitoba* stated in respect of a similar provision in provincial law:

The objective and general nature of the limit being justified, the real issue is the application of the "proportionality test" referred to in the *Oakes* case. The balancing of interests must satisfy the three components of rational connection, minimum impairment and proportionality of purpose and effect. The disqualification contained in section 31(d) of the *Election Act* fails both the first and the second tests. It is simply a blanket disqualification of absolutely everyone who happens to be in any penal institution at all, serving any sentence of imprisonment for any offence, serious or minor. Thus, for example, no culpable loss of the civic capacity to vote exists and, therefore, the requisite rational connection is absent in the case of a person who has been imprisoned for the inadvertent commission of an offence of absolute liability. Again, as regards the extent of impairment of the constitutional right, a minimal infraction of a regulatory statute which is penalized by a few days imprisonment may result in the effective loss for four years or more of the right to vote. The courts must beware of becoming dictators of tolerance, but in this case the law-makers must give more considerate, as well as more vigilant, thought to the

tion professionnelle ou scolaire en prison ou à l'extérieur, des absences temporaires, la libération conditionnelle de jour, la libération conditionnelle totale ou la libération sous surveillance obligatoire. Dans ce régime, l'élément châtiment diminue d'importance et l'accent est mis sur la réadaptation du détenu à la vie en société. Le droit de vote pourrait faire partie de cette réadaptation. Il est important de conserver cela à l'esprit lorsqu'on apprécie l'importance du châtiment comme objectif par rapport à l'effet que peut produire une atteinte radicale à un droit prévu à la Charte, soit le retrait du droit de vote pendant toute la durée de l'incarcération.

Les lois de certains pays étrangers manifestent un plus grand souci de proportionnalité. Certains pays tels l'Allemagne, la Grèce et l'Espagne permettent au juge qui prononce la sentence d'ordonner, à sa discrétion, la déchéance du droit de vote dans certains cas. De nombreux autres réservent cette déchéance aux individus qui purgent une peine pour les crimes les plus graves. Aucune subtilité de ce genre n'atténue l'effet de l'instrument brutal qu'est l'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*.

Plusieurs juges des tribunaux supérieurs des provinces ont relevé un manque de proportionnalité dans la version antérieure de l'alinéa 51e) ou dans les lois provinciales équivalentes. Dans l'arrêt *Badger et al. v. Manitoba*, le juge Scollin de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a déclaré au sujet d'une disposition semblable d'une loi de la province:

[TRADUCTION] La justification de l'objectif et de la nature générale des restrictions ayant été établie, le vrai problème réside dans l'application du critère de proportionnalité mentionné dans l'arrêt *Oakes* précité. L'équilibre des intérêts doit correspondre aux trois éléments: les mesures doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif, elles doivent porter le moins possible atteinte au droit et il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures et l'objectif. L'incapacité décrétée à l'alinéa 31d) de la *Loi électorale* ne satisfait ni au premier ni au deuxième critères. Ce n'est qu'une incapacité générale frappant de façon absolue tous ceux qui se trouvent détenus dans quelque institution pénitentiaire que ce soit, purgeant une peine d'emprisonnement quelconque pour toute infraction grave ou mineure. Ainsi, par exemple, aucune perte de ses droits civiques d'électeur ne frappe, du fait de sa culpabilité, l'individu incarcéré pour avoir commis par inadvertance une infraction entraînant *de facto* sa responsabilité, par conséquent le lien rationnel exigé n'existe pas. Là encore, pour ce qui est de la gravité de l'atteinte portée au droit garanti par la constitution, une infraction mineure à un règlement administratif sanctionnée de quel-

Charter implications of both the existing and any proposed new legislation. The present relatively complacent pre-Charter disqualification provision fails to meet the standard now demanded of a limit on the constitutional right to vote.³²

Hirschfield J. in *Badger v. Canada (Attorney-General)* observed in holding invalid the predecessor of paragraph 51(e):

Had the words "penal institution" been defined to mean only a federal penitentiary, and had "any offence" been defined to mean an indictable offence, the result which I am about to announce would have been radically different. In my view the proportionality test referred to in *Oakes* would then have been weighted in favor of disqualification.³³

On an appeal from that decision, Philp J.A. while agreeing "dubitante" with the Chief Justice that the voting disqualification was saved by section 1 of the Charter, said that:

My doubt arises from the broad sweep of the disqualification, affecting all inmates in any penal institution, regardless of the nature of the offences for which they were convicted and regardless of the length of their sentences.³⁴

Finding the comparable Ontario law to be invalid, Bowlby J. held in *Grondin v. Ontario (Attorney General)*:

In addition I note that s. 16 of the *Election Act, 1984*, applies to any and all inmates under sentence of imprisonment on the date of an election. The range of such inmates includes prisoners sentenced to incarceration for a one-week period for failure to pay a fine as well as those sentenced for a period of several years for the commission of more heinous offences. The date of an election, being a fortuitous event in relation to a prisoner's term of incarceration, may occur during the one-week prison term of an inmate convicted for a regulatory offence while not occurring during the several-year prison term of an inmate convicted of a more serious offence. Therefore, there is an arbitrary aspect in the effect of s. 16 of the *Election Act, 1984*, such that it fails to satisfy the proportionality test formulated in *Oakes, supra*.³⁵

ques jours d'emprisonnement peut avoir pour effet de priver effectivement le coupable de son droit de vote pendant quatre ans ou plus. Les tribunaux doivent se garder de verser dans un excès de tolérance, mais dans ce cas-ci, le législateur doit envisager avec plus d'attention et plus de vigilance les répercussions, pour la Charte, tant des lois en vigueur que de celles qui sont projetées. L'actuelle disposition, plutôt empreinte de suffisance, antérieure à la Charte, ne correspond plus aux normes imposées aujourd'hui à toute restriction du droit de vote garanti par la constitution³².

b Dans l'arrêt *Badger v. Canada (Attorney-General)*, le juge Hirschfield, déclarant invalide la version antérieure de l'alinéa 51e), faisait observer ce qui suit:

[TRADUCTION] Si les mots «établissement pénitentiaire» avaient été définis de façon à ne désigner que les pénitenciers fédéraux et les mots «quelque infraction» de façon à ne désigner que les actes criminels, la conclusion que je suis sur le point de formuler aurait été radicalement différente. À mon avis, le critère de proportionnalité dont il est question dans l'arrêt *Oakes* aurait alors fait pencher la balance en faveur du retrait du droit de vote³³.

Dans un pourvoi contre cette décision, le juge Philp de la Cour d'appel, tout en reconnaissant, mais avec des réserves, comme le juge en chef que le retrait du droit de vote se trouvait justifié selon l'article premier de la Charte, ajoutait:

[TRADUCTION] Mes doutes viennent de la vaste portée de l'incapacité frappant tous les détenus de quelque établissement pénitentiaire que ce soit, indépendamment de la nature des infractions pour lesquelles ils ont été condamnés et de la durée de leur peine³⁴.

Statuant que la loi correspondante de l'Ontario était invalide, le juge Bowlby, dans *Grondin v. Ontario (Attorney General)*, a dit:

[TRADUCTION] En outre, je constate que l'article 16 de la *Loi électorale de 1984* s'applique à tout détenu purgeant une peine d'emprisonnement à la date d'une élection. La gamme de ces détenus comprend ceux qui sont incarcérés pour une semaine pour n'avoir pas payé une amende tout comme ceux qui le sont pour plusieurs années pour avoir commis des crimes plus odieux. La date d'une élection étant un événement fortuit par rapport à la durée de l'incarcération d'un détenu, elle peut survenir pendant la détention d'une semaine d'un individu condamné pour une infraction à un règlement mais non pendant celle de plusieurs années d'un autre, condamné pour une infraction plus grave. Il y a donc quelque chose d'arbitraire dans l'effet de l'article 16 de la *Loi électorale de 1984*, de sorte que celui-ci ne satisfait pas au critère de proportionnalité formulé dans *Oakes, précité*.³⁵

³² (1986), 39 Man. R. (2d) 107 (Q.B.), at p. 111.

³³ As quoted in the Manitoba Court of Appeal decision in this case, *supra*, note 6 at p. 183.

³⁴ *Ibid.*, at p. 188.

³⁵ (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.), at p. 432.

³² (1986), 39 Man. R. (2d) 107 (Q.B.), à la p. 111.

³³ Ainsi cité dans l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, précité, note 6 à la p. 183.

³⁴ *Ibid.*, à la p. 188.

³⁵ (1988), 65 O.R. (2d) 427 (H.C.), à la p. 432.

I respectfully adopt the reasoning of these learned judges.

I therefore conclude that paragraph 51(e) impairs the right granted to the plaintiff under section 3 of the Charter, and to the extent that its objective is valid it does so by means which lack proportionality. It is thus not justified under section 1 of the Charter. Paragraph 51(e) will therefore be declared invalid.

J'adopte respectueusement le raisonnement de ces juges.

Je conclus donc que l'alinéa 51e) porte atteinte au droit reconnu au demandeur par l'article 3 de la Charte, et dans la mesure où il a un objectif légitime, il le fait par des moyens qui manquent de proportionnalité. Sa justification ne peut ainsi être démontrée selon l'article premier de la Charte. Je déclare donc l'alinéa 51e) invalide.