

The Public Service Commission *Appellant*

La Commission de la fonction publique *Appelante*

v.

a c.

William James Millar *Respondent*

William James Millar *Intimé*

and

et

The Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General of Newfoundland *Intervenors*

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

and between

et entre

The Public Service Commission *Appellant*

d La Commission de la fonction publique *Appelante*

v.

c.

Bryan Osborne *Respondent*

e Bryan Osborne *Intimé*

and

et

The Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General of Newfoundland *Intervenors*

f Le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

and between

et entre

The Public Service Commission *Appellant*

g La Commission de la fonction publique *Appelante*

v.

h c.

Randy Barnhart, Linda Camponi, Michael Cassidy, Ken Clavette and Heather Stevens *Respondents*

i Randy Barnhart, Linda Camponi, Michael Cassidy, Ken Clavette et Heather Stevens *Intimés*

and

et

The Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan and the

j Le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan et le

**Attorney General of
Newfoundland Intervenors**

INDEXED AS: OSBORNE v. CANADA (TREASURY BOARD)

File Nos.: 21201, 21202, 21203.

1990: October 11; 1991: June 6.

Present: Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Constitutional convention — Political neutrality of Public Service employees — Whether statutory provision implementing constitutional convention can be inconsistent with Constitution — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Public Service — Political partisanship — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in work for or against a political party or candidate — Whether legislation infringes s. 2(b) of Charter — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Vagueness — Federal legislation prohibiting public servants from engaging in work for or against a political party or candidate — Whether legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Relationship between s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms and s. 52(1) of Constitution Act, 1982.

These appeals concern the constitutionality of s. 33(1) of the *Public Service Employment Act*, which prohibits public servants from “engag[ing] in work” for or against a candidate (s. 33(1)(a)) or a political party (s. 33(1)(b)). Under s. 33(2), a public servant does not contravene s. 33(1) by reason only of attending a political meeting or contributing money to the funds of a candidate or of a

**procureur général de Terre-
Neuve Intervenants**

RÉPERTORIÉ: OSBORNE c. CÁNADA (CONSEIL DU TRÉSOR)

Nos du greffe: 21201, 21202, 21203.

1990: 11 octobre; 1991: 6 juin.

b Présents: Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

c *Droit constitutionnel — Convention constitutionnelle — Neutralité politique des fonctionnaires — Une disposition législative mettant en application une convention constitutionnelle peut-elle être incompatible avec la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.*

e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Fonction publique — Activités politiques — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.*

g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Imprécision — Loi fédérale interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection — Cette loi est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.*

i *Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Rapport entre l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.*

j Il s'agit de pourvois mettant en cause la constitutionnalité du par. 33(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, qui interdit aux fonctionnaires de «travailler» pour ou contre un candidat (al. 33(1)a)) ou un parti politique (al. 33(1)b)). Aux termes du par. 33(2), le fait qu'un fonctionnaire assiste à une réunion politique ou contribue financièrement à la caisse d'un candidat ou

political party. The respondents, with one exception, are federal public servants who wished to participate in various political activities. They took action in the Federal Court, Trial Division seeking a declaration that s. 33 is of no force or effect in so far as it violates ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court concluded that even if s. 33 infringed the rights of individual public servants guaranteed by the *Charter*, such limits were justified under s. 1 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal set aside the judgment. The Court of Appeal found that ss. 33(1)(a) and 33(1)(b) infringed ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* but that s. 33(1)(b) was justifiable under s. 1. Section 33(1)(a) of the Act was declared of no force or effect except as it applies to a "deputy head".

d'un parti politique ne constitue pas à lui seul un manquement au par. 33(1). Les intimés sont, à l'exception d'un seul, des fonctionnaires fédéraux qui voulaient participer à différentes activités politiques. Ils ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une action visant à faire déclarer l'art. 33 inopérant dans la mesure où il viole les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La cour a conclu que, même si, dans le cas de fonctionnaires pris isolément, l'art. 33 portait atteinte aux droits garantis par la *Charte*, de telles restrictions étaient justifiées aux termes de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision et a jugé que les al. 33(1)a) et 33(1)b) violaient les al. 2b) et 2d) de la *Charte*, mais que l'al. 33(1)b) pouvait se justifier aux termes de l'article premier. L'alinéa 33(1)a) de la Loi a été déclaré inopérant, sauf dans la mesure où il s'applique à un «administrateur général».

Held (Stevenson J. dissenting): The appeals should be dismissed.

(1) Constitutional Convention

Section 33 of the Act is not immune from *Charter* scrutiny merely because it may be said to uphold a constitutional convention. While conventions form part of the Constitution of this country in the broader political sense, i.e., the democratic principles underlying our political system and the elements which constitute the relationships between the various levels and organs of government, they are not enforceable in a court of law unless they are incorporated into legislation. Furthermore, statutes embodying constitutional conventions do not automatically become entrenched to form part of the constitutional law, but retain their status as ordinary statutes. Being a provision in an ordinary statute, s. 33 is subject to review under the *Charter* as any ordinary legislation.

Arrêt (le juge Stevenson est dissident): Les pourvois sont rejétés.

(1) La convention constitutionnelle

L'article 33 de la Loi n'échappe pas à l'examen en vertu de la *Charte* du simple fait qu'il peut être considéré comme maintenant une convention constitutionnelle. Bien que les conventions fassent partie de la Constitution canadienne au sens politique plus large, c.-à-d. au sens des principes démocratiques qui sous-tendent notre système politique et au sens des éléments qui constituent les rapports entre les différents ordres et organes de gouvernement, elles ne peuvent être appliquées par les tribunaux, à moins qu'elles ne soient intégrées dans un texte législatif. En outre, les lois entérinant les conventions constitutionnelles ne font pas automatiquement partie intégrante du droit constitutionnel; au contraire, elles conservent leur caractère de lois ordinaires. N'étant qu'une disposition d'une loi ordinaire, l'art. 33 est, au même titre que toute autre loi ordinaire, susceptible d'examen à la lumière de la *Charte*.

(2) Freedom of Expression

Section 33 of the Act, which prohibits partisan political expression and activity by public servants under threat of disciplinary action including dismissal from employment, infringes the right to freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. Where opposing values call for a restriction on the freedom of speech, and, apart from exceptional cases, the limits on that freedom are to be dealt with under the balancing test in s. 1, rather than circumscribing the scope of the guarantee at the outset. In this case, by prohibiting public servants from speaking out in favour of a political party or candidate, s. 33

(2) La liberté d'expression

L'article 33 de la Loi qui, sous peine de mesures disciplinaires allant jusqu'au renvoi, interdit aux fonctionnaires les activités et l'expression politiques de nature partisane, porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsque l'existence de valeurs opposées nécessite la restriction de la liberté d'expression, et mis à part les cas exceptionnels, il faut soumettre à l'appréciation exigée par l'article premier les restrictions imposées à cette liberté, plutôt que de circonscrire au départ la portée de la garantie. En l'espèce, l'art. 33 de la Loi, du fait qu'il interdit aux fonc-

of the Act expressly has for its purpose the restriction of expressive activity and is accordingly inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*. In light of the conclusion that s. 33 is inconsistent with s. 2(b), it is neither necessary nor appropriate in the circumstances to determine whether there is also a violation of s. 2(d) of the *Charter*.

(3) Reasonable Limit

Section 33 of the Act is sufficiently precise to constitute a limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. Section 33 is not couched in such vague or general language that it does not contain an intelligible standard. The words "engage in work", while capable of very wide import, are ordinary simple words that are capable of interpretation. These words may present considerable difficulty in application to a specific situation, but difficulty of interpretation cannot be equated with the absence of any intelligible standard. Finally, the language of s. 33 does not create a standard which leaves it to the members of the Public Service Commission to ban whatever activity they please.

Per Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.: Section 33 of the Act is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the legislative objective of maintaining the neutrality of the public service is of sufficient importance to justify a limitation on freedom of expression, the impugned legislation fails to meet the proportionality test. The restriction of partisan political activity is rationally connected to the objective but s. 33 does not constitute a measure carefully designed to impair freedom of expression as little as reasonably possible. The section bans all partisan-related work by all public servants, without distinction either as to the type of work, or as to their relative role, level or importance in the public service hierarchy. The result of the broad general language of s. 33 is that the restrictions apply to a great number of public servants who in modern government are completely divorced from the exercise of any discretion that could be in any manner affected by political considerations. The need for impartiality and indeed for the appearance thereof does not remain constant throughout the civil service hierarchy. Section 33, therefore, is over-inclusive and, in many of its applications, goes beyond what is necessary to achieve the objective of an impartial and loyal civil service.

tionnaires de s'exprimer en faveur d'un parti politique ou d'un candidat, vise explicitement à restreindre l'activité d'expression et est donc incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*. Vu la conclusion à l'incompatibilité de l'art. 33 avec l'al. 2b), il n'est ni nécessaire ni approprié, dans les circonstances, de déterminer s'il y a en outre violation de l'al. 2d) de la *Charte*.

(3) La limite raisonnable

b L'article 33 de la Loi est suffisamment précis pour constituer une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. L'article 33 n'est pas rédigé de façon tellement vague ou générale qu'il n'énonce pas de norme intelligible. Le mot «travailler», bien qu'il puisse admettre un sens très large, est un terme simple et courant qui se prête à l'interprétation. L'application de ce mot à un cas particulier peut s'avérer fort difficile, mais difficulté d'interprétation n'emporte pas absence de norme intelligible. Finalement, le texte de l'art. 33 ne crée pas une norme qui permet aux membres de la Commission de la fonction publique d'interdire, à leur gré, n'importe quelle activité.

c *f* *Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin:* L'article 33 de la Loi n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif législatif du maintien de la neutralité de la fonction publique revête une importance suffisante pour justifier qu'une restriction soit imposée à la liberté d'expression, la disposition contestée ne satisfait pas au critère de proportionnalité. La restriction d'activités politiques partisanes a un lien rationnel avec cet objectif, mais l'art. 33 ne constitue pas une mesure qui, dans des limites raisonnables, est soigneusement conçue pour porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression. L'article interdit à tous les fonctionnaires tout travail de caractère partisan, sans égard à la nature de ce travail et sans tenir compte du rôle, du rang ou de l'importance de ces fonctionnaires dans la hiérarchie de la fonction publique. Il résulte des termes généraux et de la large portée de l'art. 33 que les restrictions s'appliquent à un grand nombre de fonctionnaires qui, dans une fonction publique moderne, n'ont absolument rien à voir avec l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire susceptible d'être influencé de quelque manière par des considérations d'ordre politique. La nécessité de l'impartialité et même de l'apparence d'impartialité n'est pas uniforme à tous les échelons de la fonction publique. L'article 33 a donc une portée excessive et, dans beaucoup de ses applications, dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'une fonction publique impartiale et loyale.

i

j

Per Stevenson J. (dissenting): Section 33(1)(a) of the *Public Service Employment Act* is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The important objective of s. 33(1)(a) is to secure civil service neutrality in all of its elements. An effective civil service is essential to modern day democratic society and a measure of neutrality is necessary in order to preserve that effectiveness. No civil servant must owe, or be seen to owe, appointment or promotion to partisan activities since visible partisanship by civil servants would severely impair, if not destroy, the public perception of neutrality. In that context, s. 33(1)(a) of the Act is an acceptably proportional response to Parliament's objective. The section does not suffer from overbreadth and meets the "minimal impairment" test. The proposed less restrictive means, which distinguish between various levels of public servants (and thus abandon any restraint on the so-called lower level civil service), would not satisfy the objective of preserving the civil service's political neutrality. Finally, there is an appropriate proportionality between the effects of the measure and the objective. The provision does not deny freedom of expression. It imposes a limitation on that freedom in the context of partisan political activities upon persons who must know, or at least be deemed to know, that employment in the public service involves acceptance of certain restraints.

Le juge Stevenson (dissident): L'alinéa 33(1)a) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique est justifiable aux termes de l'article premier de la Charte. L'objectif important visé par l'al. 33(1)a) est d'assurer la neutralité de la fonction publique dans tous ses éléments. Une fonction publique efficace est indispensable dans une société démocratique moderne et un certain degré de neutralité s'impose afin d'assurer le maintien de cette efficacité. Il ne faut pas qu'un fonctionnaire doive, ou soit perçu comme devant, sa nomination ou sa promotion à des activités partisanes car, si les fonctionnaires affichaient leurs convictions politiques, la perception de neutralité existant chez le public serait gravement compromise, voire anéantie. Dans ce contexte, l'al. 33(1)a) de la Loi présente un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif visé par le législateur. Cet alinéa n'a pas une portée excessive et il satisfait au critère de l'«atteinte minimale». Les moyens moins restrictifs proposés, qui font une distinction entre les fonctionnaires de différents niveaux (de sorte qu'aucune restriction ne soit imposée aux fonctionnaires des échelons dits «inférieurs»), ne permettraient pas d'atteindre l'objectif de la préservation de la neutralité politique de la fonction publique. Finalement, il existe une proportionnalité convenable entre les effets de la mesure en cause et l'objectif qu'elle vise. La disposition ne prive pas de la liberté d'expression. Elle ne fait que limiter cette liberté dans le contexte d'activités politiques partisanes pour des personnes qui doivent savoir, ou du moins sont présumées savoir, que l'emploi dans la fonction publique comporte l'acceptation de certaines restrictions.

(4) Remedy

Per Sopinka, Cory and McLachlin JJ.: In selecting an appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* a court's primary concern must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. The court, while it is given an express mandate to declare a law to be of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter* under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, must be sensitive to its proper role in the constitutional framework and refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary to give full effect to the *Charter*'s provisions. In exercising its broad discretion to fashion an appropriate remedy in a *Charter* case, the court need not resolve the question as to whether there is a presumption of constitutionality. By reason of the diverse and novel problems which it will be called upon to redress, the court must maintain at its disposal a variety of remedies as part of its arsenal. "Reading down" legislation

Les juges Sopinka, Cory et McLachlin: Dans le choix d'une réparation convenable en vertu du par. 24(1) de la Charte, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la Charte et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. La cour, bien qu'elle soit expressément autorisée, aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à déclarer une règle de droit inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la Charte, doit se montrer consciente du rôle qu'elle est appelée à jouer dans le cadre constitutionnel et ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire pour rendre pleinement opérantes les dispositions de la Charte. Lorsqu'elle exerce son large pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation convenable dans une affaire mettant en cause la Charte, la cour n'a pas à décider s'il existe une présomption de constitutionnalité. En raison des problèmes nouveaux et divers qu'elle aura à régler, il faut que la

may, in some cases, be an appropriate remedy. The same result may on occasion be obtained by resort to the constitutional exemption. However, it is not necessary in this case to determine whether the Court has the power to apply such remedies in a *Charter* case since it is preferable to strike out s. 33(1) to the extent of its inconsistency with s. 2(b). To maintain a section that is riddled with infirmity would not uphold the values of the *Charter* and would constitute a greater intrusion on Parliament's role. Parliament should determine how the section should be redrafted, not the Court. The Federal Court of Appeal's order, which declared s. 33(1)(a) of no force or effect except as it applies to a "deputy head", must stand since the respondents did not cross-appeal or seek a variation of the order.

cour dispose toujours d'un arsenal comportant une variété de réparations possibles. L'«interprétation atténuée» d'une loi peut dans certains cas être une réparation convenable. On peut parfois arriver au même résultat en recourant à l'exemption constitutionnelle. Il n'est toutefois pas nécessaire en l'espèce de déterminer si la Cour a le pouvoir d'appliquer de telles réparations dans une affaire mettant en cause la *Charte* puisqu'il est préférable d'invalider le par. 33(1) dans la mesure de son incompatibilité avec l'al. 2b). Maintenir en vigueur un article entaché de défauts ne soutiendrait aucunement les valeurs inhérentes à la *Charte* et représenterait un empiétement plus prononcé sur le rôle du Parlement. C'est au Parlement et non à la Cour qu'il appartient de déterminer quelle devrait être la nouvelle formulation de l'article. L'ordonnance de la Cour d'appel fédérale, qui a déclaré inopérant l'al. 33(1)a), sauf dans la mesure où il s'applique à un «administrateur général», doit être maintenue étant donné que les intimés n'ont pas formé de pourvoi incident ni demandé la modification de cette ordonnance.

e Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: Dès lors que la Cour conclut que, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la loi contestée est de portée excessive, e viole un droit garanti par la *Charte* et ne peut se justifier en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier, la Cour ne peut faire autrement, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. Il n'est pas loisible à la Cour, dans ces circonstances, de créer des exemptions de l'application de la loi (ce qui presuppose sa constitutionnalité) et d'accorder des réparations sur une base individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

f Le juge La Forest: La question de l'interaction du par. 24(1) de la *Charte* et du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne se pose pas vraiment en l'espèce. h Il se peut bien que le juge Wilson ait raison sur cette question, mais il convient de l'étudier dans un cas plus approprié où l'on pourra mieux en évaluer toutes les répercussions.

i Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

j Arrêts appliqués: *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; considéré: *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *OPSEU v. Ontario*

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **considered:** *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *OPSEU v. Ontario*

(*Attorney General*), [1987] 2 S.C.R. 2; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; **referred to:** *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183; *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300.

a *Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; **arrêts mentionnés:** *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183; *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

By Stevenson J. (dissenting)

Fraser v. Public Service Staff Relations Board, [1985] 2 S.C.R. 455; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL-CIO*, 413 U.S. 548 (1973); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 32.
Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 33.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

Citée par le juge Stevenson (dissident)

f *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL-CIO*, 413 U.S. 548 (1973); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

Lois et règlements cités

i *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d), 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 33.
j *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 32.

Authors Cited

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, "travailler".

Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "work".

Vaughn, Robert G. "Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond" (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516.

APPEALS from judgments of the Federal Court of Appeal, [1988] 3 F.C. 219, 52 D.L.R. (4th) 241, 87 N.R. 376, 43 C.R.R. 351, 22 C.C.E.L. 98, setting aside judgments of the Trial Division, [1986] 3 F.C. 206, 30 D.L.R. (4th) 662, 5 F.T.R. 29, 25 C.R.R. 229, 14 C.C.E.L. 230. Appeals dismissed, Stevenson J. dissenting.

Duff Friesen, Q.C., for the appellant.

John P. Nelligan, Q.C., and Dougald E. Brown, for the respondents Millar and Osborne.

Jeffry A. House, for the respondents Barnhart et al.

Jean Bouchard and Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

Gale Welsh, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J.—Subject to the comments which follow I agree with the reasons for judgment of my colleague Justice Sopinka and would dispose of these appeals as he proposes. I do not share his views, however, as to the recourse open to the Court once it has found that the impugned legislation on its proper interpretation is over-inclusive, infringes on a *Charter* right, and cannot be justified as a reasonable limit under s. 1. Once these findings have been made I believe that the Court has no alternative but to strike

Doctrine citée

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, «travailler».

Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «work».

Vaughn, Robert G. «Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond» (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel fédérale, [1988] 3 C.F. 219, 52 D.L.R. (4th) 241, 87 N.R. 376, 43 C.R.R. 351, 22 C.C.E.L. 98, qui ont infirmé des jugements de la Section de première instance, [1986] 3 C.F. 206, 30 D.L.R. (4th) 662, 5 F.T.R. 29, 25 C.R.R. 229, 14 C.C.E.L. 230. Pourvois rejetés, le juge Stevenson est dissident.

Duff Friesen, c.r., pour l'appelante.

John P. Nelligan, c.r., et Dougald E. Brown, pour les intimés Millar et Osborne.

Jeffry A. House, pour les intimés Barnhart et autres.

Jean Bouchard et Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON—Sous réserve des observations qui suivent, je souscris aux motifs de mon collègue le juge Sopinka et je suis d'avis de trancher ces pourvois de la manière qu'il propose. Je ne partage toutefois pas son avis quant aux mesures que peut prendre la Cour dès lors qu'elle conclut que, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la loi contestée est de portée excessive, viole un droit garanti par la Charte et ne peut se justifier en tant que restriction raisonnable au sens de l'article premier. Une fois ces

the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution. I do not believe that it is open to the Court in these circumstances to create exemptions to the legislation (which, in my view, presupposes its constitutional validity) and grant individual remedies under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In other words, it is not, in my opinion, open to the Court to cure over-inclusiveness on a case by case basis leaving the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books.

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, in my view, contemplates the exercise by the Court of its interpretative function as a first step. Once it has interpreted the impugned legislation it must decide on the basis of that interpretation whether the section is consistent or inconsistent with the citizen's *Charter* right. If it is consistent, there is no problem: the legislation is constitutional and the citizen must abide by it. If it is inconsistent, then the Court must declare it of no force or effect to the extent of the inconsistency. Section 52(1), in my view, mandates this result.

The purpose of s. 24(1), in my view, is to provide an appropriate and just remedy to an individual whose guaranteed rights or freedoms have been infringed or denied. As was stated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 313:

Section 24(1) sets out a remedy for individuals (whether real persons or artificial ones such as corporations) whose rights under the *Charter* have been infringed. It is not, however, the only recourse in the face of unconstitutional legislation. Where, as here, the challenge is based on the unconstitutionality of the legislation, recourse to s. 24 is unnecessary and the particular effect on the challenging party is irrelevant.

Similarly in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, it was stated at p. 221:

conclusions tirées, la Cour, me semble-t-il, ne peut faire autrement qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. Je ne crois pas qu'il soit loisible à la Cour dans ces circonstances de créer des exemptions de l'application de la loi (ce qui pré suppose, selon moi, sa constitutionnalité) et d'accorder des réparations sur une base individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En d'autres termes, j'estime que la Cour ne saurait remédier à la portée excessive en procédant cas par cas, de façon à ce que la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive.

À mon avis, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* envisage comme première étape l'exercice par la Cour de sa fonction d'interprétation. Après avoir interprété l'article contesté, elle doit décider alors en fonction de cette interprétation s'il est compatible ou non avec le droit dont chacun jouit aux termes de la *Charte*. Dans l'hypothèse de la compatibilité, aucun problème ne se pose: la loi est alors constitutionnelle et tous sont tenus d'y obéir. Si par contre il y a incompatibilité, il incombe à la Cour de déclarer la loi inopérante dans la mesure de cette incompatibilité. C'est, d'après moi, le résultat que commande le par. 52(1).

Le paragraphe 24(1) vise, selon moi, à accorder une réparation convenable et juste à un particulier victime de violation ou de négation de ses droits ou libertés garantis. Ainsi que le dit notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 313:

Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Toutefois, il ne s'agit pas là du seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance.

De même, dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, on affirme, à la p. 221:

I turn now to the issue of the remedy to which the appellants are entitled. Sections 24(1) of the *Charter* and 52(1) of the *Constitution Act, 1982* both apply. Section 52(1) requires a declaration that s. 71(1) of the *Immigration Act, 1976* is of no force and effect to the extent it is inconsistent with s. 7. The appellants who have suffered as a result of the application of an unconstitutional law to them are entitled under s. 24(1) to apply to a court of competent jurisdiction for "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances".

I believe also that a distinction has to be made between creating exemptions from the legislation under s. 24(1) which presupposes its constitutionality and "reading down" the legislation which is a process of interpretation so as to restrict the scope of its application. In the latter case the legislation is held as a matter of interpretation not to apply to X and no intervention by the Court under s. 24(1) is required. In the former case the legislation is found on its proper interpretation to apply to X but the Court intervenes to give him or her relief under s. 24(1).

With these reservations I would dismiss the appeals as my colleague suggests.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I am in general agreement with the reasons of my colleague, Justice Sopinka, except as they relate to his discussion of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and its interplay with s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I suspect my colleague, Justice Wilson, may well be right on this issue, but since the point does not really arise in this case, I prefer to leave it for consideration when it does arise and its implications can be more fully assessed.

The judgment of Sopinka, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—These appeals concern the constitutionality of s. 33 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the "Act"), which prohibits public servants from engaging in work for or

J'examinerai maintenant la question du redressement auquel ont droit les appellants. Les paragraphes 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquent tous les deux. Le paragraphe 52(1) requiert une déclaration que le par. 71(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976* est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l'art. 7. Les appellants qui ont subi un préjudice par suite de l'application à leur cas d'une loi inconstitutionnelle ont le droit, en vertu du par. 24(1), de s'adresser à un tribunal compétent en vue d'obtenir «la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances».

Je crois également qu'il faut faire une distinction entre créer des exemptions de l'application de la loi en vertu du par. 24(1), ce qui presuppose la constitutionnalité de cette loi, et donner à la loi une «interprétation atténuée», ce qui consiste à l'interpréter de manière à en limiter la portée. Dans ce dernier cas, la loi est jugée, sur le plan de l'interprétation, inapplicable à X, de sorte que la Cour n'a pas à intervenir en vertu du par. 24(1). Dans le premier cas, la loi est jugée, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, s'appliquer à X, mais la Cour intervient pour lui accorder une réparation en vertu du par. 24(1).

Sous ces réserves, je suis d'avis de rejeter les pourvois, comme le propose mon collègue.

f Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Je suis d'accord pour l'essentiel avec les motifs de mon collègue le juge Sopinka, sauf pour ce qui est de son analyse du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de son interaction avec le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il se peut bien que ma collègue le juge Wilson ait raison sur cette question mais, puisqu'elle ne se pose pas vraiment en l'espèce, j'estime préférable de l'étudier quand elle sera vraiment soulevée et que l'on pourra en évaluer toutes les répercussions.

i Version française du jugement des juges Sopinka, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit de pourvois mettant en cause la constitutionnalité de l'art. 33 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33 (la «*Loi*»), qui interdit aux fonctionnaires de

against a political party or candidate. The Public Service Commission (the "Commission") appeals from judgments of the Federal Court of Appeal allowing appeals from the judgments of the Federal Court, Trial Division, dismissing the actions of the respondents for declarations that s. 33 of the *Act* is void by reason of its conflict with ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat à une élection. La Commission de la fonction publique (la «Commission») se pourvoit contre les arrêts de la Cour d'appel fédérale, qui a accueilli les appels interjetés contre les décisions dans lesquelles la Section de première instance de la Cour fédérale avait rejeté les actions des intimés visant à faire déclarer invalide l'art. 33 de la *Loi* au motif qu'il était inconciliable avec les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Facts

P.S.C. v. Barnhart, Camponi, Cassidy, Clavette and Stevens

The respondents Barnhart, Camponi, Clavette and Stevens are all public servants within the meaning of the *Act*. They wished to work after working hours on behalf of the fifth respondent, Cassidy, who was, at the time the action was brought, a candidate for election to Parliament and, at the time of trial, a Member of Parliament.

Barnhart and Camponi are both employed by the Department of Indian Affairs and Northern Development. Barnhart claims that he does not meet the public in his job which involves monitoring the environment in the Indian reserves. Camponi, whose job entails research in the archives of the Department, maintains that she is particularly concerned with the place of women in Canadian society and would like to communicate her opinion as to which political party has the best policy on women's issues to her friends and neighbours. Clavette, who is employed as a clerk in the Department of National Defence, is also the President of the Ottawa Labour Council and would like to work for candidates who support positions which enhance the rights of working people. Stevens, employed in the Public Archives of Canada, wishes to participate in activities such as envelope stuffing and addressing of correspondence from her own home or from the campaign offices of the party she supports.

Les faits

C.F.P. c. Barnhart, Camponi, Cassidy, Clavette et Stevens

Les intimés Barnhart, Camponi, Clavette et Stevens sont tous des fonctionnaires au sens de la *Loi*. Ils désiraient œuvrer, après leurs heures de travail, pour le compte du cinquième intimé, Cassidy, qui était, au moment de l'introduction de l'instance, candidat aux élections fédérales et, au moment du procès, député fédéral.

Barnhart et Camponi sont tous deux employés du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Barnhart affirme qu'il n'a pas affaire au public dans son travail, qui consiste à surveiller l'état de l'environnement dans les réserves indiennes. Camponi, qui a pour fonction d'effectuer des recherches aux archives du même ministère, déclare qu'elle s'intéresse particulièrement à la situation de la femme dans la société canadienne et qu'elle aimerait faire part à ses amis et à ses voisins de son opinion quant au parti qui préconise la meilleure politique sur les questions touchant les femmes. Clavette, qui occupe un poste de commis au ministère de la Défense nationale, est également président du Conseil du travail d'Ottawa et souhaite travailler pour des candidats qui prennent position en faveur de l'amélioration des droits des travailleurs. Stevens, une employée des Archives publiques du Canada, désire participer, chez elle ou aux bureaux de campagne électorale du parti qu'elle appuie, à des activités consistant, par exemple, à remplir des enveloppes et à adresser du courrier.

Les intimés ont engagé devant la Section de première instance de la Cour fédérale une procédure visant d'une part à faire déclarer l'art. 33 de la *Loi*

The respondents commenced proceedings in the Federal Court of Appeal, Trial Division, seeking a declaration that s. 33 of the *Act* is of no force and

effect in so far as it violates ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* and an injunction enjoining the Commission from enforcing it.

P.S.C. v. Osborne; P.S.C. v. Millar

The respondents Osborne and Millar are public servants who were elected to be delegates to the 1984 leadership convention of the Liberal Party. They were both forced to resign as delegates after being advised by their employers, the Superintendent of Insurance and the Regional Director General of Indian and Inuit Affairs, respectively, that they would suffer disciplinary action if they failed to do so.

In the case of Osborne, who is employed in the Actuarial Branch of the Department of Insurance, he was advised by his supervisor shortly after his election as a delegate that he would incur a disciplinary penalty if he did not resign his position. When a federal by-election was called in his riding, Osborne sought and obtained a leave of absence without pay pursuant to s. 33(3) of the *Act* to become a candidate for the party nomination. He admitted that his motive in so doing was to enable him to participate in the leadership convention. Following the convention, Osborne requested that his leave be terminated on the basis that there was insufficient support for his nomination, and this was granted.

The respondent Millar is a commerce officer in the Indian and Inuit Affairs Branch of the Department of Indian and Northern Affairs. Following his election as a delegate to the leadership convention, he was given written permission to attend. However, this permission was subsequently revoked by the Regional Director General of Indian and Inuit Affairs who gave Millar 24 hours notice to resign.

The respondents Millar and Osborne initiated actions in the Federal Court, Trial Division, seeking declarations that their respective employers had no authority or basis in law to order them not to attend the convention as delegates and that s. 33 of the *Act* is of no force and effect in so far as it violates ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*.

inopérant dans la mesure où il viole les al. 2b) et 2d) de la *Charte* et, d'autre part, à obtenir une injonction empêchant la Commission de l'appliquer.

a *C.F.P. c. Osborne; C.F.P. c. Millar*

Les intimés Osborne et Millar sont fonctionnaires. Élus délégués au congrès de 1984 à la direction du Parti libéral, ils se sont vu tous les deux contraints de démissionner de leurs fonctions de délégués après avoir été informés par leurs employeurs respectifs, le surintendant des assurances et le directeur général régional des Affaires indiennes et inuit, qu'ils feraient l'objet de mesures disciplinaires s'ils refusaient.

Osborne, qui travaillait à la Direction de l'actuariat du ministère des Assurances, a appris de son surveillant peu après avoir été élu délégué qu'une sanction disciplinaire lui serait infligée s'il ne résignait pas ses fonctions de délégué. Une élection partielle fédérale ayant été déclenchée dans sa circonscription, Osborne a demandé et obtenu un congé non payé conformément au par. 33(3) de la *Loi* pour briguer l'investiture du parti. De son propre aveu, le but de son geste était de lui permettre de participer au congrès à la direction. À la suite de celui-ci, Osborne a demandé à interrompre son congé au motif qu'il ne jouissait pas d'un appui suffisant pour remporter l'investiture. On a accédé à sa demande.

L'intimé Millar est agent commercial au sein de la Direction générale des Affaires indiennes et inuit du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Après avoir été élu délégué au congrès à la direction, il a reçu l'autorisation écrite d'y assister. Cette autorisation a toutefois été révoquée par le directeur général régional des Affaires indiennes et inuit, qui lui a intimé l'ordre de renoncer à sa qualité de délégué dans un délai de 24 heures.

Les intimés Millar et Osborne ont entamé à la Section de première instance de la Cour fédérale des actions visant à obtenir des jugements déclaratoires portant que leurs employeurs respectifs n'étaient pas habilités ou n'étaient pas fondés en droit à leur interdire de participer au congrès en tant que délégués et en outre que l'art. 33 de la *Loi* est inopérant dans la mesure où il viole les al. 2b) et 2d) de la *Charte*.

Judgments of Courts Below

The three actions and the ensuing appeals were heard together.

Federal Court, Trial Division, [1986] 3 F.C. 206

Walsh J. accepted that there is in Canada, as in other democratic countries, a "convention of political neutrality" in the public service which necessitates the placing of some restraints on partisan political activity. However, these restraints should be as few as possible and no more than are necessary to attain the objective of political neutrality. He was of the view that this is what s. 33 of the *Act* attempts to do although the general language requires some judicial interpretation when applied to specific instances of political activity.

Walsh J. rejected the argument, based on *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), that the words "engage in work" are sufficiently vague as to justify a finding that the impugned section is of no force and effect as being contrary to the *Charter*. He reasoned that such a finding would have the consequence of removing all restrictions on political activity on public servants "when it has been accepted that some limitation is desirable and necessary" (p. 236).

Walsh J. was of the opinion that in the absence of amending legislation or defining regulations, judicial interpretation of the provision was required. However, he declined to generalize as to which activities are permissible under the provision, choosing to leave this to be decided on a case-by-case basis. The trial judge applied the provision to the facts of the cases noting that the degree of restraint which must be exercised is relative to the position and visibility of the public servant.

With respect to the respondents Millar and Osborne, Walsh J. found that their election as delegates to the leadership convention did not infringe s. 33 of the *Act*. With respect to the respondent Cassidy, who had argued that the provision infringed his freedom of association under the *Charter*, Walsh J.

Les jugements des juridictions inférieures

Les trois actions ont été entendues ensemble, de même que les appels.

Cour fédérale, Section de première instance, [1986] 3 C.F. 206

Le juge Walsh a reconnu qu'il existe au Canada, comme dans d'autres pays démocratiques, une «règle de neutralité politique» dans la fonction publique qui exige qu'on impose certaines restrictions aux activités politiques partisanes. Ces restrictions doivent toutefois être aussi peu nombreuses que possible, se limitant à ce qui est nécessaire pour permettre d'atteindre l'objectif de la neutralité politique. C'est, à son avis, ce que vise l'art. 33 de la *Loi*, bien que son libellé général doive faire l'objet d'une certaine interprétation judiciaire quand il est appliqué à des cas précis d'activité politique.

Le juge Walsh a rejeté l'argument, fondé sur l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), selon lequel le mot «travailler» est suffisamment vague pour justifier la conclusion que l'article contesté est inopérant parce que contraire à la *Charte*. D'après lui, une pareille conclusion aurait pour effet d'écartier toute restriction des activités politiques des fonctionnaires alors même qu'il «a été reconnu qu'une certaine limite est souhaitable et nécessaire» (p. 236).

De l'avis du juge Walsh, en l'absence de loi modificative ou de règlement explicatif, l'interprétation judiciaire de la disposition s'impose. Il s'est toutefois refusé à toute généralisation concernant les activités permises aux termes de la disposition en question, préférant que cela se décide cas par cas. Appliquant donc la disposition aux faits des affaires dont il était saisi, le juge de première instance a souligné que le degré de modération dont on doit faire preuve dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire.

En ce qui concerne les intimés Millar et Osborne, le juge Walsh a conclu qu'ils n'avaient pas enfreint l'art. 33 de la *Loi* en se faisant élire délégués au congrès à la direction. Quant à l'intimé Cassidy, qui avait fait valoir que cette disposition violait sa liberté d'association, garantie par la *Charte*, le juge Walsh a dit

observed that he was indeed restricted in his desire to employ public servants to work in connection with his election campaign, but chose to consider this question from the perspective of whether the other respondents' rights of association with him were infringed.

Walsh J. then set out the permissible activities of the other respondents. In the case of the respondent Barnhart, Walsh J. found that, as s. 33 specifically permitted the attending of political meetings and contribution of money for candidates, it implicitly allows participation in discussion relating to the development of policies. However, this permission does not extend to any statements of a partisan political nature. He concluded that Barnhart should not act as a scrutineer at a polling station. With respect to the respondent Camponi, Walsh J. noted that in publicly stating her opinion as to which political party has the best policy on women's issues, she would undoubtedly be engaging in work on behalf of a political party. While her freedom to express her personal views is unrestricted, she should not identify herself as supporting them on behalf of any given political party. Similarly, Walsh J. noted that the respondent Clavette is free to express his views on issues of interest to him but would violate s. 33 of the *Act* if he were to publicly support a political party which he feels expresses his views and to work for it in election campaigns in such a manner as to identify himself publicly as a member of that party. In the case of the respondent Stevens, he was of the view that it would be giving too wide an interpretation to s. 33 to find that the stuffing of envelopes and the addressing of correspondence would be prohibited as she would not be directing public attention to herself as working on behalf of a given political party.

Walsh J. did not discuss whether s. 33 of the *Act* constituted a violation of ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*, but went directly to the discussion under s. 1 of the *Charter*. He concluded that even if s. 33 of the *Act* infringed the rights of individual public servants guaranteed by the *Charter*, such limits (on the basis

qu'il était effectivement limité dans la possibilité d'avoir recours aux services de fonctionnaires dans le cadre de sa campagne électorale. Le juge a cependant choisi d'aborder la question en se demandant plutôt si les autres intimés avaient été lésés dans leur droit de s'associer à Cassidy.

Le juge Walsh a poursuivi en énumérant les activités permises aux autres intimés. Pour ce qui est de l'intimé Barnhart, il a décidé que, comme l'art. 33 permet expressément d'assister à des réunions politiques et de verser de l'argent à des candidats, il autorise implicitement la participation aux discussions ayant trait à l'élaboration de politiques. Cette autorisation ne s'étend toutefois pas aux déclarations politiques de caractère partisan. Barnhart, a-t-il conclu, ne devait pas agir à titre de scrutateur à un bureau de vote. À l'égard de l'intimée Camponi, le juge Walsh a fait remarquer qu'en exprimant publiquement son opinion quant au parti politique qui possède la meilleure politique sur les questions touchant les femmes, elle se trouverait sans aucun doute à travailler pour le compte d'un parti politique. Bien que jouissant d'une liberté illimitée d'articuler ses points de vue personnels, elle ne devrait pas se présenter comme les avançant au nom d'un parti politique, quel qu'il soit. De même, le juge Walsh a indiqué que l'intimé Clavette est libre d'exprimer ses opinions sur des questions qui le préoccupent, mais qu'il contreviendrait à l'art. 33 de la *Loi* s'il appuyait publiquement un parti politique qui, à son avis, les véhicule et s'il travaillait pour ce parti dans des campagnes électorales, de manière à faire connaître au public son appartenance au parti. Dans le cas de l'intimée Stevens, le juge Walsh a estimé que ce serait donner à l'art. 33 une interprétation trop large si on concluait que remplir des enveloppes et adresser du courrier constituaient des activités défendues, car elle n'attirait pas par là l'attention du public sur le fait qu'elle travaillait au nom d'un parti politique donné.

i

Le juge Walsh n'a pas traité de la question de savoir si l'art. 33 de la *Loi* violait les al. 2b) et 2d) de la *Charte*, mais a passé directement à l'analyse fondée sur l'article premier. Il a conclu que, même si, dans le cas de fonctionnaires pris isolément, l'art. 33 de la *Loi* porte atteinte aux droits garantis par la

of the section as "judicially interpreted") are reasonably prescribed and can be justified under s. 1.

Federal Court of Appeal, [1988] 3 F.C. 219

The Federal Court of Appeal overturned the judgment of Walsh J. on the basis that the impugned provision is vague and wide open to discretionary application and, as such, fails to meet the test of "reasonable limit" as set out in *Luscher, supra*. Mahoney J.A. considered the evidence showing that the Commission itself had difficulty in interpreting the expression "engage in work" to be determinative in this regard. Accordingly, he was of the view that the trial judge erred in limiting the remedy to a declaration as to which of the activities engaged in by the respondents was permissible under the *Act*.

In reaching this conclusion, Mahoney J.A. accepted the existence of a constitutional convention of political neutrality, but rejected the submission that the public right arising out of the convention pre-empts the respondents' rights under the *Charter* or that the provision in question is thereby exempt from review under the *Charter*. He noted, however, that the existence of a constitutional convention supporting a limitation may "go a long way toward demonstrating its justification" under s. 1 of the *Charter*.

Furthermore, while the activities affected by s. 33 of the *Act* may be addressed as a violation of the guarantee of freedom of expression, Mahoney J.A. was of the view that such rights are protected independently by the guarantee of freedom of association. He found that s. 33 of the *Act* infringed the right to freedom of association on the basis that the right to associate with others is fundamental to a process whose essence is that conflicting interests be advanced and opposed by electoral means.

Finally, Mahoney J.A. stated in *obiter* that the limitation on candidacy was expressed in adequately

Charte, de telles restrictions (compte tenu de l'interprétation donnée à cet article par les tribunaux) sont raisonnables et peuvent se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*.

a Cour d'appel fédérale, [1988] 3 C.F. 219

La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du juge Walsh au motif que la disposition contestée est vague et se prête très facilement à une application discrétionnaire, si bien qu'elle ne satisfait pas au critère de la «limite raisonnable» posé dans l'arrêt *Luscher*, précité. Le juge Mahoney a tenu pour concluante à cet égard la preuve établissant que la Commission avait éprouvé elle-même de la difficulté à interpréter le terme «travailler». Il a estimé en conséquence que le juge de première instance a eu tort de n'accorder comme réparation qu'une déclaration énumérant celles des activités des intimés qui étaient permises par la *Loi*.

En arrivant à cette conclusion, le juge Mahoney a admis l'existence d'une convention constitutionnelle de neutralité politique, mais a rejeté l'argument voulant que le droit du public découlant de cette convention l'emporte sur les droits reconnus aux intimés par la *Charte* ou que la convention joue de manière à soustraire la disposition en cause à tout examen effectué en vertu de la *Charte*. Il a toutefois fait remarquer que l'existence d'une convention constitutionnelle appuyant la restriction d'un droit garanti est «susceptible d'aider considérablement à démontrer sa justification» aux termes de l'article premier de la *Charte*.

De plus, le juge Mahoney était d'avis que, bien que les activités visées à l'art. 33 de la *Loi* puissent être considérées comme violant la garantie de la liberté d'expression, les droits dans ce domaine bénéficient également d'une protection distincte assurée par la garantie de la liberté d'association. Affirmant que le droit de s'associer à autrui est un élément fondamental d'un processus qui consiste essentiellement à faire en sorte que soient avancés et contredits dans un cadre électoral des points de vue opposés, il a conclu que l'art. 33 de la *Loi* portait atteinte au droit à la liberté d'association.

En dernier lieu, le juge Mahoney a formulé une opinion incidente selon laquelle la restriction imposée

definitive terms. Following the analysis advocated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, he reached the conclusion that the scheme of s. 33(1)(b) constitutes a "rational, reasonable and fair basis upon which a federal public servant may seek a Parliamentary or legislative seat" (p. 233).

Relevant Legislation

Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33

33. (1) No deputy head and, except as authorized under this section, no employee, shall

- (a) engage in work for or against a candidate;
- (b) engage in work for or against a political party; or
- (c) be a candidate.

(2) A person does not contravene subsection (1) by reason only of attending a political meeting or contributing money for the funds of a candidate or of a political party.

(3) Notwithstanding any other Act, on application made to the Commission by an employee, the Commission may, if it is of the opinion that the usefulness to the Public Service of the employee in the position the employee then occupies would not be impaired by reason of that employee having been a candidate, grant to the employee leave of absence without pay to seek nomination as a candidate and to be a candidate for election, for a period ending on the day on which the results of the election are officially declared or on such earlier day as may be requested by the employee if the employee has ceased to be a candidate.

The above provision is a revised version of the section which was in force at the time of the trial and appeal. The former provision read as follows:

32. (1) No deputy head and, except as authorized under this section, no employee, shall

- (a) engage in work for, on behalf of or against a candidate for election as a member of the House of Commons, a member of the legislature of a province or a member of the Council of the Yukon Territory or the Northwest Territories, or engage in work for, on behalf of or against a political party; or

sée à la possibilité de se porter candidat est exprimée dans des termes suffisamment précis. Suivant l'analyse proposée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, il a conclu que l'al. 33(1)b) établit un «ensemble de règles juste et raisonnable applicable au fonctionnaire public qui cherche à se faire élire au Parlement ou à l'assemblée législative» (p. 233).

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33

33. (1) Il est interdit à tout administrateur général et, sauf autorisation par le présent article, à tout fonctionnaire:

- a) de travailler pour ou contre un candidat;
- b) de travailler pour ou contre un parti politique;
- c) d'être candidat.

(2) L'assistance à une réunion politique ou la contribution financière à la caisse d'un candidat ou d'un parti politique ne constituent pas à elles seules des manquements au paragraphe (1).

(3) Le fonctionnaire désireux de se porter ou d'être choisi comme candidat peut demander à la Commission un congé non payé pour une période se terminant le jour de la proclamation des résultats de l'élection ou, à sa demande, à toute date antérieure marquant la fin de sa candidature. Nonobstant toute autre loi, la Commission peut accorder un tel congé si elle estime que la candidature du fonctionnaire ne nuira pas par la suite à son efficacité, pour la fonction publique, dans le poste qu'il occupe alors.

Les dispositions reproduites ci-dessus constituent une révision de l'article en vigueur au moment du procès et de l'appel. Les anciennes dispositions étaient ainsi conçues:

32. (1) Il est interdit à tout sous-chef et, sauf selon que l'autorise le présent article, à tout employé

- a) de travailler pour ou contre un candidat à une élection à la Chambre des communes, à la Législature d'une province ou au Conseil du territoire du Yukon ou des territoires du Nord-Ouest, ou de travailler au nom d'un tel candidat, ainsi que de travailler pour ou contre un parti politique ou de travailler au nom d'un tel parti; ou

(b) be a candidate for election as a member described in paragraph (a).

(2) A person does not contravene subsection (1) by reason only of his attending a political meeting or contributing money for the funds of a candidate for election as a member described in paragraph (1)(a) or money for the funds of a political party.

(3) Notwithstanding any other Act, upon application made to the Commission by an employee the Commission may, if it is of the opinion that the usefulness to the Public Service of the employee in the position he then occupies would not be impaired by reason of his having been a candidate for election as a member described in paragraph (1)(a), grant to the employee leave of absence without pay to seek nomination as a candidate and to be a candidate for election as such a member, for a period ending on the day on which the results of the election are officially declared or on such earlier day as may be requested by the employee if he has ceased to be a candidate.

The minor changes to the section as a result of the recent revision do not have an effect on this appeal and all references will be to the new provision.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

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

(c) freedom of peaceful assembly; and

(d) freedom of association.

Issues

The issues raised by these appeals are the following:

b) d'être candidat à une élection mentionnée à l'alinéa a).

(2) Une personne ne contrevient pas au paragraphe (1) pour le seul motif qu'elle assiste à une réunion politique ou qu'elle verse, à titre de contribution, de l'argent pour la caisse d'un candidat à une élection mentionnée à l'alinéa (1)a) ou qu'elle verse de l'argent à la caisse d'un parti politique.

b (3) Nonobstant toute autre loi, sur demande que lui a présenté un employé, la Commission peut, si elle est d'avis que, par rapport à la Fonction publique, l'efficacité de l'employé, dans le poste qu'il occupe alors, n'aura pas à souffrir du fait qu'il aura été candidat à une élection mentionnée à l'alinéa (1)a), accorder à l'employé un congé sans traitement pour lui permettre de demander à se faire présenter comme candidat et d'être candidat à cette élection, pour une période se terminant le jour où les résultats de l'élection sont officiellement déclarés ou à la date antérieure comme peut le demander l'employé s'il a cessé d'être un candidat.

e Les changements mineurs apportés à l'article par suite de la révision récente n'influent aucunement sur le présent pourvoi et c'est en conséquence à la nouvelle disposition que je me réfère partout dans les présents motifs.

f Charte canadienne des droits et libertés

g 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

h 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

i a) liberté de conscience et de religion;

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

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

Les questions en litige

j Les présents pourvois soulèvent les questions suivantes:

1. Can a statutory provision, such as s. 33 of the *Act*, that implements a constitutional convention be considered to be inconsistent with the Constitution?
 2. If the response to the first question is in the affirmative, are the provisions of s. 33 of the *Act* inconsistent with ss. 2(b) or 2(d) of the *Charter*?
 3. If the response to the second question is in the affirmative, does s. 33 of the *Act* establish such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society?
- 1. The Effect of the Constitutional Convention of Political Neutrality*
- a 1. Une disposition législative, telle que l'art. 33 de la *Loi* qui met en application une convention constitutionnelle, peut-elle être considérée comme incompatible avec la Constitution?
 - b 2. Dans l'affirmative, les dispositions de l'art. 33 de la *Loi* sont-elles incompatibles avec les al. 2b) ou 2d) de la *Charte*?
 - c 3. Dans l'affirmative, l'art. 33 de la *Loi* fixe-t-il des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?
 - d 1. *L'effet de la convention constitutionnelle de la neutralité politique*

The existence of a convention of political neutrality, central to the principle of responsible government, and the upholding of that convention in s. 33 of the *Act*, is not seriously disputed. Rather, the debate centres around the effect of the convention in assessing the validity of the impugned provision. The appellant contends that because s. 33 of the *Act* gives expression to the constitutional values embodied in the convention of public service neutrality, it forms "a part" of the Constitution and cannot therefore be "inconsistent" with the Constitution. Relying then on the words of Wilson J. in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, that "[i]t was never intended . . . that the *Charter* could be used to invalidate other provisions of the Constitution" (p. 1197), the appellant argues that there cannot be a breach of the *Charter* where there is a competing constitutional provision. The appellant's argument, which I may state at the outset to be untenable, is based on the decision of this Court in *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (the "Patriation Reference"), and on the decision of Beetz J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2.

In the *Patriation Reference*, this Court explored the nature of constitutional conventions and recognized that in contradistinction to the variety of statutes and common law rules which make up the "law of the constitution", conventions are not enforceable by the courts unless they are crystallized into laws by way

On ne conteste pas sérieusement qu'il existe une convention de neutralité politique, essentielle au principe de gouvernement responsable, ni que cette convention est maintenue à l'art. 33 de la *Loi*. Le débat porte plutôt sur la façon dont joue cette convention dans la détermination de la validité de la disposition contestée. L'appelante soutient que, comme l'art. 33 de la *Loi* exprime les valeurs constitutionnelles inhérentes à la convention de la neutralité de la fonction publique, il «fait partie» de la Constitution et ne peut en conséquence être «incompatible» avec celle-ci. S'appuyant donc sur les propos du juge Wilson, qui a dit dans *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, qu'"on n'a jamais voulu que la *Charte* puisse servir à annuler d'autres dispositions de la Constitution" (p. 1197), l'appelante fait valoir qu'une disposition constitutionnelle qui entre en concurrence avec la *Charte* ne peut être contraire à cette dernière. L'argumentation de l'appelante, qui est, précisons-le tout de suite, insoutenable, repose sur l'arrêt rendu par notre Cour dans *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (le «*Renvoi relatif au rapatriement*»), et sur l'opinion exprimée par le juge Beetz dans l'affaire *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2.

Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, notre Cour a étudié la nature des conventions constitutionnelles et a reconnu que, par opposition aux diverses lois et règles de common law qui forment le «droit constitutionnel», les conventions ne peuvent être appliquées par les tribunaux que si elles se trouvent consacrées

of statutory adoption. Underlying this distinction between constitutional law and constitutional conventions is the contrast between legal and political constitutionalism. The Court stated (at pp. 883-84):

It should be borne in mind however that, while they are not laws, some conventions may be more important than some laws. Their importance depends on that of the value or principle which they are meant to safeguard. Also they form an integral part of the constitution and of the constitutional system. They come within the meaning of the word "Constitution" in the preamble of the *British North America Act, 1867*:

That is why it is perfectly appropriate to say that to violate a convention is to do something which is unconstitutional although it entails no direct legal consequence. But the words "constitutional" and "unconstitutional" may also be used in a strict legal sense, for instance with respect to a statute which is found *ultra vires* or unconstitutional. The foregoing may perhaps be summarized in an equation: constitutional conventions plus constitutional law equal the total constitution of the country.

Therefore, while conventions form part of the Constitution of this country in the broader political sense, i.e., the democratic principles underlying our political system and the elements which constitute the relationships between the various levels and organs of government, they are not enforceable in a court of law unless they are incorporated into legislation. Furthermore, statutes embodying constitutional conventions do not automatically become entrenched to become part of the constitutional law, but retain their status as ordinary statutes. If that were not the case, any legislation which may be said to embrace a constitutional convention would have the effect of an amendment to the Constitution which would have escaped the rigorous requirements of the constitutional amendment process.

In support of its argument, the appellant also draws attention to the decision of Beetz J. in *OPSEU, supra*. That case, which was argued and decided on the basis of the division of powers, dealt with the validity of

dans des lois adoptées par le législateur. Sous-jacente à cette distinction entre le droit constitutionnel et les conventions constitutionnelles est la différence qui existe entre le constitutionnalisme juridique et le constitutionnalisme politique. La Cour a dit aux pp. 883 et 884:

Il faut garder à l'esprit toutefois que bien qu'il ne s'agisse pas de lois, certaines conventions peuvent être plus importantes que certaines lois. Leur importance dépend de la valeur ou du principe qu'elles sont censées protéger. En outre, elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot «Constitution» dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*:

C'est pourquoi il est tout à fait juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe. Mais on peut aussi utiliser les termes «constitutionnel» et «inconstitutionnel» dans un sens juridique strict, comme par exemple dans le cas d'une loi déclarée *ultra vires* ou inconstitutionnelle. Une équation permet peut-être de résumer ce qui précède: conventions constitutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays.

Donc, bien que les conventions fassent partie de la Constitution canadienne au sens politique plus large, c.-à-d. au sens des principes démocratiques qui sous-tendent notre système politique et au sens des éléments qui constituent les rapports entre les différents ordres et organes de gouvernement, elles ne peuvent être appliquées par les tribunaux, à moins qu'elles ne soient intégrées dans un texte législatif. En outre, les lois entérinant les conventions constitutionnelles ne deviennent pas automatiquement partie intégrante du droit constitutionnel; au contraire, elles conservent leur caractère de lois ordinaires. S'il en était autrement, toute loi pouvant être considérée comme renfermant une convention constitutionnelle équivaudrait à une modification de la Constitution, laquelle aurait échappé aux rigoureuses exigences du processus de modification constitutionnelle.

L'appelante invoque également au soutien de son argumentation l'opinion du juge Beetz dans l'arrêt *SEFPO*, précité. Cette affaire, mettant en cause le partage des compétences, portait sur la validité de

provisions in the Ontario *Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, similar to those in the present case. Beetz J. found the provisions to be constitutional in nature, but I believe he made it clear (at p. 41) that the term "constitutional" in that context was not to be equated with constitutional law:

It is clear to me that those provisions are constitutional in nature in the sense that they bear on the operation of an organ of government in Ontario and that they impose duties on the members of a branch of government in order to implement a principle of government. [Emphasis added.]

Beetz J. thus recognized that the constitution of Ontario is composed of ordinary statutes which are susceptible to being amended or repealed by ordinary statutes (at p. 46):

In my opinion, the impugned provisions constitute an ordinary legislative amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*.

In my view, there is nothing in his analysis which reveals an intention to confer on such ordinary statutes the status of constitutional entrenchment in the legal sense. Based on the foregoing, I am unable to agree with the appellant that s. 33 of the *Act* is immune from *Charter* scrutiny merely because it may be said to uphold a constitutional convention. Being a provision in an ordinary statute, it is subject to review under the *Charter* as any ordinary legislation. While the existence of a constitutional convention does not pre-empt scrutiny of the provision under the *Charter*, it is an important consideration in determining whether, in enacting s. 33, Parliament was seeking to achieve an important political objective.

2. Is s. 33 of the Act Inconsistent with s. 2(b) or s. 2(d) of the Charter?

In my view, there is little doubt that s. 33 of the *Act*, which prohibits partisan political expression and activity by public servants under threat of disciplinary action including dismissal from employment,

dispositions de la *Public Service Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, ch. 386, analogues à celles dont il s'agit en l'espèce. Le juge Beetz a reconnu aux dispositions en question un caractère constitutionnel, mais je crois qu'il a bien précisé, à la p. 41, que le terme «constitutionnel» dans ce contexte-là n'était aucunement synonyme de «droit constitutionnel»:

À mon avis, il est évident que ces dispositions sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles imposent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en œuvre un principe de gouvernement. [Je souligne.]

Le juge Beetz a ainsi reconnu que la constitution de l'Ontario se compose de lois ordinaires susceptibles de modification ou d'abrogation par des lois ordinaires (à la p. 46):

À mon avis, les dispositions contestées constituent une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Selon moi, rien dans l'analyse du juge Beetz ne traduit une intention de prêter à de telles lois ordinaires la qualité de textes constitutionnels au sens juridique. Compte tenu de ce qui précède, je ne puis convenir avec l'appelante que l'art. 33 de la *Loi* échappe à l'examen en vertu de la *Charte* du simple fait qu'il peut être considéré comme maintenant une convention constitutionnelle. N'étant qu'une disposition d'une loi ordinaire, il est, au même titre que toute autre loi ordinaire, susceptible d'examen à la lumière de la *Charte*. Toutefois, bien que l'existence d'une convention constitutionnelle ne soustrait pas la disposition en cause à l'examen en vertu de la *Charte*, la convention est un facteur qu'il importe de prendre en considération pour déterminer si le législateur fédéral visait par l'adoption de l'art. 33 à atteindre un objectif politique important.

i 2. L'article 33 de la Loi est-il incompatible avec les al. 2b) ou 2d) de la Charte?

Il ne fait guère de doute, à mon avis, que l'art. 33 de la *Loi* qui, sous peine de mesures disciplinaires allant jusqu'au renvoi, interdit aux fonctionnaires les activités et l'expression politiques de nature parti-

violates the right to freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

The appellant submits that the freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* is "not absolute, or so extensive that it goes beyond its traditional meaning to apply to situations involving interests it was not intended to protect". The appellant maintains that this freedom has not been considered to extend to include a full range of partisan political expression and activity by public servants. In support of its argument, the appellant places particular emphasis on the decisions of this Court in *OPSEU, supra*, and in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

sane, porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

a L'appelante soutient que la liberté d'expression conférée par l'al. 2b) de la *Charte* [TRADUCTION] «n'est pas absolue ni de portée si large que, dépassant son sens traditionnel, elle s'applique à des intérêts qu'elle n'était pas destinée à protéger». Toujours b selon l'appelante, cette liberté n'a pas été considérée comme englobant, dans le cas des fonctionnaires, toute la gamme des activités et de l'expression politiques partisanes. L'appelante souligne particulièrement à l'appui de son argumentation les arrêts de notre Cour dans les affaires *SEFPO*, précitée, et *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

In my view, the appellant's arguments must fail. First, even assuming that freedom of expression traditionally did not extend to partisan political expression and activity by public servants, this is in no way determinative in defining the scope of the rights under the *Charter*. The appellant seeks to restrict the extent of the rights under s. 2(b) by relying on the words of Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, that such rights are to be understood in light of the interests they were meant to protect. In my view, it is clear that the purposive approach propounded by Dickson J. cannot be interpreted, as the appellant suggests, to mean that the *Charter* did no more than to freeze the rights which existed at the moment of its coming into force. The respondents Millar and Osborne correctly point out that this analysis of rights is narrowly historical and tautological and would justify the denial of *Charter* protection to other groups to whom rights have historically been denied. Furthermore, this approach to the *Charter* has been explicitly rejected by this Court. (For example, see McLachlin J., in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 163, and in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 359.) Therefore, while the historical origins of the concept are to be taken into account in ascertaining the scope of a *Charter* right, the "traditional" meaning ascribed to

d D'après moi, l'argumentation de l'appelante doit être rejetée. En premier lieu, même à supposer que la liberté d'expression ne se soit pas étendue traditionnellement aux activités et à l'expression politiques partisanes des fonctionnaires, cela n'est nullement déterminant dans la délimitation de la portée des droits garantis par la *Charte*. L'appelante cherche à limiter les droits conférés par l'al. 2b) en s'appuyant sur ce qu'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, à savoir que ces droits sont à considérer à la lumière des intérêts qu'ils étaient censés protéger. Il est évident, à mon avis, que, contrairement à ce que prétend l'appelante, la méthode qui tient compte de l'objet, proposée par le juge Dickson, ne saurait être interprétée comme signifiant que la *Charte* ne faisait que figer les droits existant au moment de son entrée en vigueur. Les intimés Millar et Osborne soulignent, e avec raison, que c'est là une analyse des droits qui est rigoureusement historique et tautologique et qui justifierait que la protection de la *Charte* soit refusée à d'autres groupes qui ont historiquement été privés de certains droits. Cette façon d'aborder la *Charte* a f d'ailleurs été explicitement rejetée par notre Cour. (Voir par exemple les propos du juge McLachlin dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 163, et dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 359.) Par conséquent, bien qu'il faille tenir compte des origines historiques du concept pour déterminer la portée d'un

such rights is not conclusive for the purposes of the *Charter*.

Second, I do not agree that the two previous decisions of this Court in *OPSEU, supra*, and in *Fraser, supra*, dealing with the right to freedom of expression enjoyed by public servants are conclusive for the purposes of this case. The appellant invites the Court to limit the reach of the guarantee provided for in s. 2(b) of the *Charter* and relies on the following passage of Beetz J. in *OPSEU, supra*, at p. 51:

... the political activities contemplated by the impugned provisions are not made unlawful. These provisions are in the nature of detailed regulations. Failure to comply with them is a ground for dismissal. No other sanction is prescribed. The public servant who is not prepared to accept them can resign. Nor do I think that such a public servant is thereby deprived of any "right" unless it be thought that he has a right to his office. But at common law, and apart from statute, a civil servant holds office during pleasure.

It is clear that *OPSEU* is not binding in so far as it was decided on the basis of the division of powers without consideration of the *Charter*. As Beetz J. himself cautioned (at p. 57):

I should perhaps add that issues like the last will in the future ordinarily arise for consideration in relation to the political rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which, of course, gives broader protection to these rights and freedoms than is called for by the structural demands of the Constitution.

In my view, *OPSEU* is of limited application in this case, given that the right to freedom of expression is now constitutionally entrenched, without exception for public servants.

In *Fraser, supra*, the Court dealt with the extent of permissible criticism of government by public servants. Central to that question was the proper legal balance between the right of an individual to speak freely on important public issues and the duty of an individual, *qua* federal public servant, to fulfil properly his or her functions as an employee of the Gov-

droit conféré par la *Charte*, le sens «traditionnellement» prêté à ces droits n'est nullement concluant en ce qui concerne l'application de la *Charte*.

En second lieu, je ne partage pas le point de vue selon lequel les arrêts *SEFPO* et *Fraser*, précités, les deux arrêts antérieurs de notre Cour qui traitent de la liberté d'expression des fonctionnaires, sont déterminants en l'espèce. Invoquant le passage suivant tiré des motifs du juge Beetz dans l'arrêt *SEFPO*, précité, à la p. 51, l'appelante nous demande de limiter la portée de la garantie prévue à l'al. 2b) de la *Charte*:

... les activités politiques envisagées par les dispositions contestées ne sont pas déclarées illégales. Ces dispositions tiennent de règlements détaillés. Y désobéir constitue un motif de renvoi. Aucune autre sanction n'est prescrite. Le fonctionnaire qui n'est pas disposé à les accepter peut démissionner. Je ne pense pas non plus que ce fonctionnaire soit ainsi privé d'un «droit» à moins qu'on ne croie qu'il a un droit à sa charge. Mais, en *common law*, et indépendamment de la loi écrite, un fonctionnaire détient sa charge à titre amovible.

Or, il est évident que nous ne sommes pas liés par l'affaire *SEFPO* puisqu'elle a été décidée en fonction du partage des compétences, sans examen de la *Charte*. Le juge Beetz lui-même fait la mise en garde suivante (à la p. 57):

Je devrais peut-être ajouter qu'à l'avenir on sera normalement appelé à examiner des questions comme la dernière, en fonction des droits politiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, il va sans dire, accorde à ces droits et libertés une protection plus large que celle commandée par les exigences structurelles de la Constitution.

À mon sens, l'arrêt *SEFPO* n'a qu'une application limitée en l'espèce, étant donné que le droit à la liberté d'expression est maintenant consacré dans la Constitution et qu'aucune exception n'est prévue pour les fonctionnaires.

Dans l'arrêt *Fraser*, précité, la Cour s'est penchée sur la question de savoir dans quelle mesure il est permis aux fonctionnaires de critiquer le gouvernement. Au cœur de cette question se trouve celle de l'équilibre juridique entre le droit d'un particulier de s'exprimer librement sur des points importants d'intérêt public et son obligation, en sa qualité de fonc-

ernment of Canada. In that case, this Court upheld the suspension and eventual dismissal of Neil Fraser, an employee of Revenue Canada who had openly and repeatedly made vicious attacks on the Government with respect to its metrification policies and the adoption of the *Charter*. In reaching this conclusion, Dickson C.J. confirmed that freedom of expression was not an absolute value and brought to the fore the competing values at stake (at pp. 466-68):

The act of balancing must start with the proposition that some speech by public servants concerning public issues is permitted. Public servants cannot be, to use Mr. Fraser's apt phrase, "silent members of society". I say this for three reasons.

First, our democratic system is deeply rooted in, and thrives on, free and robust public discussion of public issues. As a general rule, all members of society should be permitted, indeed encouraged, to participate in that discussion.

Secondly, account must be taken of the growth in recent decades of the public sector—federal, provincial, municipal—as an employer. A blanket prohibition against all public discussion of all public issues by all public servants would, quite simply, deny fundamental democratic rights to far too many people.

Thirdly, common sense comes into play here. An absolute rule prohibiting all public participation and discussion by all public servants would prohibit activities which no sensible person in a democratic society would want to prohibit . . .

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. Thus, for example, we have laws dealing with libel and slander, sedition and blasphemy. We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example,

tionnaire, de bien s'acquitter de ses tâches d'employé du gouvernement du Canada. Dans cette affaire, notre Cour a maintenu la suspension et le renvoi subséquent de Neil Fraser, un employé de Revenu Canada qui avait, publiquement et de façon répétée, attaqué violemment le gouvernement au sujet de sa politique d'implantation du système métrique et de l'adoption de la *Charte*. En décidant ainsi, le juge en chef Dickson a confirmé que la liberté d'expression ne constituait pas une valeur absolue et il a mis en évidence les valeurs opposées qui étaient en jeu (aux pp. 466 à 468):

Pour ce qui est de l'équilibre à respecter, il faut tout d'abord tenir compte de la proposition selon laquelle il est permis aux fonctionnaires de s'exprimer dans une certaine limite sur des questions d'intérêt public. Les fonctionnaires ne peuvent être, pour employer l'expression appropriée de M. Fraser [TRADUCTION] «les membres silencieux de la société». Il y a trois raisons à cela.

Premièrement, notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.

Deuxièmement, il faut tenir compte de la croissance qu'a connue le secteur public—fédéral, provincial, municipal—à titre d'employeur au cours des dernières décennies. Une interdiction générale de toute discussion publique sur toute question d'intérêt public par tous les fonctionnaires aurait tout simplement pour effet de priver beaucoup trop de gens de leurs droits démocratiques fondamentaux.

Troisièmement, à ce stade, le bon sens entre en jeu. Une règle absolue interdisant toute participation et discussion publique par tous les fonctionnaires aurait pour effet d'interdire des activités qu'aucune personne sensée dans une société démocratique ne voudrait interdire . . .

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. Ainsi, par exemple, nous avons des lois qui traitent de la diffamation écrite et verbale, des propos sédi-

ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults. [Emphasis in original.]

Fraser is clearly significant in identifying freedom of speech as a deep-rooted value of our democratic system, but it did not consider the scope of that right either under the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, or under the *Charter*. In my view, Dickson C.J.'s discussion of the competing values supports the view that enjoyment of the right to freedom of expression is subject to reasonable limits under s. 1 which I will consider later in these reasons.

Therefore, where opposing values call for a restriction on the freedom of speech, and apart from exceptional cases, the limits on that freedom are to be dealt with under the balancing test in s. 1, rather than circumscribing the scope of the guarantee at the outset. In this respect, the decision of the Court in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, is illuminating. In *Keegstra*, Dickson C.J. referred to the test articulated in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and said (at p. 729) with respect to a finding of breach of s. 2(b):

Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that "if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee" (p. 969). In other words, the term "expression" as used in s. 2(b) of the *Charter* embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1181, *per* Lamer J.).

The second step in the analysis outlined in *Irwin Toy* is to determine whether the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression.

tieux et du blasphème. Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles. [Souligné dans l'original.]

De toute évidence, l'arrêt *Fraser* a ceci d'important qu'il reconnaît la liberté d'expression à titre de valeur profondément enracinée dans notre système démocratique, mais on n'y traite pas de l'étendue de ce droit, ni sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, ni sous le régime de la *Charte*. Selon moi, l'analyse des valeurs antagonistes que fait le juge en chef Dickson vient étayer le point de vue suivant lequel la jouissance du droit à la liberté d'expression est soumise à des restrictions raisonnables au sens de l'article premier, restrictions dont je parlerai plus loin.

d

e

f

Donc, lorsque l'existence de valeurs opposées nécessite la restriction de la liberté d'expression, et mis à part les cas exceptionnels, il faut soumettre à l'appréciation exigée par l'article premier les restrictions imposées à cette liberté, plutôt que de circonscrire au départ la portée de la garantie. L'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, nous éclaire à cet égard. Dans cet arrêt le juge en chef Dickson fait mention du critère formulé dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et dit au sujet d'une conclusion à une violation de l'al. 2b), à la p. 729:

g

h

Donc, sauf pour les rares cas où l'expression revêt la forme de la violence physique, la Cour a estimé qu'il découle de la nature fondamentale de la liberté d'expression que «si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu-expressif et relève à première vue du champ de la garantie» (à la p. 969). En d'autres termes, le mot «expression» à l'al. 2b) de la *Charte* vise tout contenu de l'expression, sans égard au sens ou message particulier que l'on cherche à transmettre (voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1181, le juge Lamer).

i

La seconde étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Irwin Toy* est de déterminer si l'action gouvernementale attaquée vise à restreindre la liberté d'expression. Une

The guarantee of freedom of expression will necessarily be infringed by government action having such a purpose.

Applying the criteria expounded above, I cannot see how it may be said that the oppugned section in the present case does not constitute a violation of the right to freedom of expression. By prohibiting public servants from speaking out in favour of a political party or candidate, it expressly has for its purpose the restriction of expressive activity. As McLachlin J. points out in *Keegstra*, the inherent limitations of the right to freedom of expression are restricted to exceptional cases involving violence (at p. 827):

At the same time, the Court has affirmed that freedom of speech is not absolute. It may properly be limited. There are several ways in which it can be limited. First, there are forms of expression which can be distinguished from content and which may be excluded from the scope of s. 2(b) of the *Charter*. In *Dolphin Delivery* it was suggested, in *obiter dicta*, that violence and threats of violence would be excluded from the protection offered by s. 2(b). And in *Irwin Toy*, at p. 970, this Court stated that "a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen".

Clearly, the appellant's suggestion that the scope of the right should be limited because of the particular status of the holder of the right, i.e., a public servant, does not find support. I am accordingly of the view that s. 33 is inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*.

Having reached the conclusion that s. 33 of the *Act* is inconsistent with freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, I do not consider it necessary or appropriate to determine whether there is also a violation of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. The parties have devoted their arguments almost entirely to the discussion of freedom of speech, and while it would appear that there is an infringement of s. 2(d) independently of the violation of s. 2(b), the nature of the analysis to be undertaken, as well as the considerations to be taken into account, are not necessarily the same, and I would prefer to consider this question separately on another occasion

action gouvernementale ayant un tel objet violera nécessairement la garantie de liberté d'expression.

a Appliquant les critères exposés ci-dessus, je vois mal comment on peut affirmer que l'article attaqué en l'espèce ne constitue pas une violation de la liberté d'expression. Cet article, du fait qu'il interdit aux fonctionnaires de s'exprimer en faveur d'un parti politique ou d'un candidat, vise explicitement à restreindre l'activité d'expression. Ainsi que le fait remarquer le juge McLachlin dans *Keegstra*, les limites inhérentes au droit à la liberté d'expression ne s'appliquent que dans les cas exceptionnels où il est question de violence, à la p. 827:

d Notre Cour a affirmé aussi que la liberté d'expression n'est pas absolue. On peut légitimement y imposer des restrictions, ce qui peut se faire de plusieurs manières. En premier lieu, certaines formes d'expression peuvent être distinguées de leur contenu et exclues du champ de l'al. 2b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, on a indiqué dans des opinions incidentes que la violence et les menaces de violence seraient exclues de la protection de l'al. 2b). En outre, dans l'arrêt *Irwin Toy*, à la p. 970, notre Cour affirme que «l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi».

f

À l'évidence, la prétention de l'appelante voulant que l'étendue du droit en question doive être limitée en raison de la qualité particulière, c.-à-d. celle de fonctionnaire, du titulaire du droit, ne trouve aucun appui. Je suis en conséquence d'avis que l'art. 33 est incompatible avec l'al. 2b) de la *Charte*.

h Ayant conclu à l'incompatibilité de l'art. 33 de la *Loi* avec la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte*, je crois qu'il n'est pas nécessaire et qu'il ne convient pas non plus d'examiner s'il y a eu en outre violation de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Les plaidoiries des parties ont porté presque exclusivement sur la question de la liberté d'expression, et bien que l'al. 2d) semble avoir été enfreint indépendamment de la violation de l'al. 2b), la nature de l'analyse à entreprendre ainsi que les facteurs à prendre en considération ne sont pas nécessairement identiques, de sorte que je préfère remettre l'étude de cette question à une autre occa-

having the benefit of the full submissions of the parties.

3. Section I Analysis

The general criteria for the application of s. 1 are: a limit, prescribed by law, that is reasonable and can be demonstrably justified in a free and democratic society.

(a) Limit Prescribed by Law

The respondents contend that s. 33 of the *Act* is so vague that it contains no intelligible standard to enable the appellant to resort to the justificatory provisions of s. 1. This argument succeeded in the Court of Appeal. To support their position, the respondents refer the Court to the annual report of the appellant in which it was acknowledged that it had "considerable difficulty" in administering s. 33 of the *Act*. The respondents submit, further, that a limitation that is so unclear in its application as to require extensive guidelines in the form of non-authoritative views such as are contained in "Dialogue Express", the bulletin of the appellant setting out guidelines of permissible conduct, is *ipso facto* not a limit prescribed by law.

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no "limit prescribed by law" and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a

sion, où les parties nous auront fait bénéficier d'une argumentation complète.

3. *L'analyse fondée sur l'article premier*

^a Les conditions générales de l'applicabilité de l'article premier sont l'existence d'une restriction, prescrite par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

a) Restriction prescrite par une règle de droit

^c Les intimés soutiennent que l'art. 33 de la *Loi* est à ce point vague qu'il ne renferme aucune norme intelligible qui permette à l'appelante de recourir aux dispositions justificatives de l'article premier. Ce moyen a été retenu par la Cour d'appel. Pour étayer leur opinion, les intimés renvoient la Cour au rapport annuel de l'appelante, qui y reconnaît avoir éprouvé beaucoup de difficulté à administrer l'art. 33 de la *Loi*. Les intimés font valoir en outre que, de par sa nature même, n'est pas prescrite par une règle de droit une restriction dont le champ d'application est incertain au point de rendre nécessaires des lignes directrices détaillées revêtant la forme d'opinions qui ne font pas autorité en la matière, comme celles publiées dans Dialogue Express, le bulletin de l'appelante, à titre d'indications sur les genres de conduite permis.

^g Or, il existe aux moins deux façons dont l'imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l'article premier. Tout d'abord, une loi peut présenter une telle indétermination qu'il est impossible de l'interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pouvoir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l'emploi d'un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moindrement exacte. Dans de telles circonstances, il n'existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n'est alors besoin de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, car la condition préliminaire de son application n'est pas remplie. La seconde façon dont l'imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l'analyse de l'article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour

Charter right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth.

This Court has shown a reluctance to disentitle a law to s. 1 scrutiny on the basis of vagueness which results in the granting of wide discretionary powers. Much of the activity of government is carried on under the aegis of laws which of necessity leave a broad discretion to government officials. See *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. Since it may very well be reasonable in the circumstances to confer a wide discretion, it is preferable in the vast majority of cases to deal with vagueness in the context of a s. 1 analysis rather than disqualifying the law *in limine*. In this regard, I adopt the language of McLachlin J. in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 956:

That is not to say that the alleged vagueness of the standard set by the provision is irrelevant to the s. 1 analysis. For reasons discussed below, I am of the opinion that the difficulty in ascribing a constant and universal meaning to the terms used is a factor to be taken into account in assessing whether the law is "demonstrably justified in a free and democratic society". But I would be reluctant to circumvent the entire balancing analysis of the s. 1 test by finding that the words used were so vague as not to constitute a "limit prescribed by law", unless the provision could truly be described as failing to offer an intelligible standard. That is not the case here.

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), *supra*, is an apt illustration of this approach which is particularly apposite to this case. At issue in this case were ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* which prohibited commercial advertising directed at

cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la

a *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive.

b Notre Cour a hésité à invoquer comme motif de refuser de soumettre une loi à l'analyse fondée sur l'article premier l'imprécision entraînant l'attribution de larges pouvoirs discrétionnaires. Une bonne partie des activités gouvernementales s'exercent sous le régime de lois qui, nécessairement, accordent un large pouvoir discrétionnaire aux fonctionnaires. Voir les arrêts *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Comme il peut fort bien être raisonnable dans les circonstances de conférer un large pouvoir discrétionnaire, il vaut mieux dans la vaste majorité des cas aborder la question de l'imprécision dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier plutôt que d'invalider d'emblée la loi. Sur ce point, je fais miens les propos tenus par le juge McLachlin dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 956:

f Cela ne veut pas dire que la prétendue imprécision de la norme fixée par cette disposition n'a aucune pertinence relativement à l'analyse requise par l'article premier. Pour les raisons exposées plus loin, je suis d'avis que la difficulté qu'il y a à prêter un sens invariable et universel aux termes employés est un facteur à prendre en considération pour déterminer s'il s'agit d'une règle de droit «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». J'hésiterais toutefois à contourner complètement l'analyse en vertu de l'article premier en concluant que les mots employés sont à ce point vagues qu'ils ne constituent pas une restriction prescrite «par une règle de droit», à moins de pouvoir vraiment dire de la disposition qu'elle n'énonce pas de norme intelligible. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

j L'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, illustre bien cette approche, qui convient particulièrement à la présente espèce. Il était question dans cette affaire-là des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdisaient la

persons under the age of 13. It was argued that the sections could not be saved pursuant to s. 1 because the provisions were "confusing and contradictory", because they provided insufficient guidance to the courts in determining whether advertising was directed towards children, and because the legislation provided too much scope for discretion to promulgate regulations. The majority opinion written conjointly by Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. rejected out of hand the "regulations" argument. In dealing with the "insufficient guidance" argument, the Court remarked (at p. 983):

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

Ultimately, it was held that the impugned provisions of the *Consumer Protection Act* were satisfactory since they could be given a "sensible interpretation" and did not confer a discretion on the courts to ban whichever advertisements they pleased. The fact that guidelines were published by the Office de la protection du consommateur to assist in the administration of the Act did not necessarily indicate that the courts had no intelligible standard to abide by.

Applying the foregoing to this case, I cannot conclude that s. 33 is couched in such vague or general language that it does not contain an intelligible standard. The words "engage in work", while capable of very wide import, are ordinary simple words in the English language that are capable of interpretation. The same is true of the French version which refers to "*travailler*". They undoubtedly present considerable difficulty in application to a specific situation, as

publicité commerciale destinée à des personnes de moins de 13 ans. Ces articles, a-t-on fait valoir, ne pouvaient être sauvegardés par l'application de l'article premier parce qu'ils étaient «confus et contradictoires», qu'ils ne fournissaient pas d'indications suffisantes pour permettre aux tribunaux de déterminer si la publicité était destinée aux enfants et parce que la loi prévoyait un pouvoir discrétionnaire trop large en ce qui concerne la prise de règlements.
a L'opinion de la majorité, rédigée conjointement par le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, rejetait d'emblée l'argument relatif aux «règlements». Abordant l'argument de l'absence d'«indications suffisantes», la Cour a fait remarquer, à la p. 983:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

f La Cour a fini par statuer que les dispositions contestées de la *Loi sur la protection de consommateur* étaient valides puisqu'il était possible de leur donner une «interprétation logique» et puisqu'elles ne conféraient pas aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'interdire les messages publicitaires qu'ils veulent. Le fait que l'Office de la protection du consommateur ait publié des lignes directrices destinées à faciliter l'application de la Loi ne voulait pas nécessairement dire que les tribunaux ne disposaient d'aucune norme intelligible à appliquer.
g

Quand j'applique à la présente espèce l'analyse qui précède, je ne puis conclure que l'art. 33 est rédigé de façon tellement vague ou générale qu'il n'énonce pas de norme intelligible. Le mot «travailler» et l'expression anglaise «*engage in work*», bien qu'ils puissent admettre un sens très large, sont des termes simples et courants qui se prêtent à l'interprétation. L'application de ces mots à un cas particulier est certes fort difficile, comme l'atteste le rapport de la Commiss-

the Report of the Commission attests, but difficulty of interpretation cannot be equated with the absence of any intelligible standard. See *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183, and *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368. The language of s. 33 does not create a standard which leaves it to the Commission to ban whatever activity they please, to paraphrase the words used in *Irwin Toy*, *supra*. I therefore conclude that s. 33 does constitute a limit prescribed by law and it is necessary to proceed to a s. 1 analysis.

In *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 138, Dickson C.J. explained that to establish a reasonable limit two central criteria must be satisfied: first, the government objective must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" and second, the means chosen must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. It is necessary to test s. 33 against these basic criteria of constitutional validity.

(b) Governmental Objective

The importance of the governmental objective is not contested in this case. It is quite properly conceded to be the preservation of the neutrality of the civil service to the extent necessary to ensure their loyalty to the Government of Canada and hence their usefulness in the public service. The importance of this objective was fully canvassed in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, *supra*, and in view of the consensus on this issue it is not necessary to elaborate on it. Its importance is underscored by the existence of the political convention discussed above.

(c) Proportionality

The proportionality requirement has three aspects: (1) the existence of a rational link between the measures under review and the objective; (2) a minimal impairment of the right or freedom; and (3) a proper balance between the effects of the limiting measures

sion, mais difficulté d'interprétation n'emporte pas absence de norme intelligible. Voir *R. v. Rowley* (1986), 31 C.C.C. (3d) 183, et *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368. Le

a texte de l'art. 33 ne crée pas une norme qui permet à la Commission d'interdire, à son gré, n'importe quelle activité, pour paraphraser les termes employés dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité. Je conclus en conséquence que l'art. 33 constitue bien une restriction prescrite par une règle de droit. Cela étant, il nous faut procéder à l'analyse fondée sur l'article premier.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la p. 138, le juge en chef Dickson a expliqué que, pour établir l'existence d'une restriction raisonnable, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux: premièrement, l'objectif visé par le gouvernement doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantie par la Constitution» et, deuxièmement, les moyens choisis doivent être raisonnables et leur justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il est donc nécessaire d'apprécier l'art. 33 en fonction e de ces critères de base de la constitutionnalité.

b) L'objectif visé par le gouvernement

L'importance de l'objectif visé par le gouvernement est incontestée en l'espèce. On reconnaît, à très juste titre, qu'il s'agit de la préservation de la neutralité de la fonction publique dans la mesure qui s'impose pour s'assurer de sa loyauté envers le gouvernement du Canada et, partant, de l'utilité des fonctionnaires au sein de la fonction publique. L'importance de cet objectif a fait l'objet d'une étude exhaustive dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, précité, et, compte tenu du consensus existant à cet égard, point n'est besoin d'en dire plus long. L'existence de la convention politique susmentionnée vient souligner l'importance de l'objectif en question.

c) La proportionnalité

L'exigence de proportionnalité comporte trois éléments: (1) il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures en cause et l'objectif, (2) il doit être porté le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et (3) il doit y avoir un juste équilibre entre

and the legislative objective. I shall deal with each of these in turn.

(i) *Rational Connection*

It is beyond dispute that restricting partisan political activity is rationally connected to the objective of maintaining the neutrality of the public service. Whether the government has chosen a means which is carefully designed to meet its objective is open to serious question. While on a strict application of *Oakes* this may be an aspect of the rationality test, it overlaps with the second branch of the proportionality test—minimal impairment. In this appeal in which the main complaint is over-inclusiveness due to the vagueness and generality of the impugned provisions, it is preferable to deal with this ground of attack under the minimal impairment criterion.

(ii) *Minimal Impairment*

The respondents' main submission is that the provisions of s. 33 are over-inclusive both as to the range of activity that is prohibited and the level of public servant to whom the restrictions apply. The crucial words in s. 33 are, in the English version, "engage in work for or against a political party" or "candidate" and, in the French version, "*travailler pour ou contre un candidat*" or "*un parti politique*". In their natural meaning these words in both languages are very comprehensive. The key word "work" is defined in the *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987) as having, *inter alia*, the following meanings: "1. [s]omething that is or was done; . . . [and] 4. [a]ction involving effort or exertion directed to a definite end". In the French version *Petit Robert 1* (1990) defines "*travailler*" as having the following meaning, among others: "[*a*]gir d'une manière suivie, avec plus ou moins d'effort, pour obtenir un résultat utile". There is little in the context of the section to indicate that the words should be given a restrictive interpretation. I agree with Walsh J. that the activity proscribed is partisan political activity. This can be attributed to the use of the words "for or against". However, apart from that limitation there is no recog-

les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif. J'examinerai tour à tour chacun de ces points.

(i) *Le lien rationnel*

Nul ne contestera que la restriction d'activités politiques partisanes a un lien rationnel avec l'objectif du maintien de la neutralité de la fonction publique. Il y a cependant tout lieu de se demander si le gouvernement a choisi des moyens soigneusement conçus pour atteindre son objectif. Bien que la question des moyens employés puisse constituer, selon une application stricte de larrêt *Oakes*, un élément du critère de la rationalité, il y a en fait chevauchement de cette question et du deuxième volet du critère de proportionnalité, à savoir l'atteinte minimale. Dans le présent pourvoi, où l'on se plaint surtout d'une portée excessive résultant de l'imprécision et de la généralité des dispositions contestées, il est préférable d'examiner ce moyen à la lumière du critère de l'atteinte minimale.

(ii) *L'atteinte minimale*

Les intimés font valoir principalement que les dispositions de l'art. 33 ont une portée excessive, tant en ce qui concerne la gamme des activités interdites qu'à l'égard du rang des fonctionnaires visés par les restrictions. Les mots cruciaux de l'art. 33 sont dans la version française, «travailler pour ou contre un candidat» ou «un parti politique» et dans la version anglaise, «engage in work for or against a political party» ou «candidate». Dans les deux langues, le sens naturel des mots employés est très large. Le *Petit Robert 1* (1990) donne notamment au mot «travailler» le sens de: «[*a*]gir d'une manière suivie, avec plus ou moins d'effort, pour obtenir un résultat utile». Le *Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd. 1987) reconnaît, entre autres, les acceptations suivantes du mot clé «work»: «1. [*s*]omething that is or was done; [...] et 4. [*a*]ction involving effort or exertion directed to a definite end». Or, on ne trouve à l'article en cause guère d'indication qu'il y a lieu de donner aux mots en question une interprétation restrictive. Je conviens avec le juge Walsh que ce qui est proscrit c'est l'activité politique partisane. C'est ce qu'on peut inférer de l'emploi de l'expression «pour ou contre». Sauf cette restriction, toutefois, aucun prin-

nized interpretative basis for confining the words either with respect to activity or personnel.

The result of this broad general language is that the restrictions apply to a great number of public servants who in modern government are employed in carrying out clerical, technical or industrial duties that are completely divorced from the exercise of any discretion that could be in any manner affected by political considerations. The need for impartiality and indeed the appearance thereof does not remain constant throughout the civil service hierarchy. As stated by Dickson C.J. in *Fraser, supra*: "It is implicit throughout the Adjudicator's reasons that the degree of restraint which must be exercised is relative to the position and visibility of the civil servant" (p. 466). To apply the same standard to a deputy minister and a cafeteria worker appears to me to involve considerable overkill and does not meet the test of constituting a measure that is carefully designed to impair freedom of expression as little as reasonably possible.

In this context, the availability of alternative methods becomes relevant. The expert opinion provided to the trial judge by Professors K. Kernaghan and R. Whitaker, and D. Bean, National President of the Public Service Alliance of Canada, was that a substantial number of public servants neither provide policy advice nor have any discretion with respect to the administration. Moreover, witnesses Whitaker and Bean stated that the line between management and non-managerial employees, already in existence, formed a rough line which would allow the bulk of the public service below the line to be politically freed, while maintaining the neutrality of the public service as an institution.

With respect to the nature of the political activity, the situation is similar. While a public servant may attend a political meeting and contribute money to a candidate or a political party, he or she may not take part in the discussion at the meeting or make a public

cipe reconnu d'interprétation n'autorise à limiter la portée des mots employés, que ce soit au point de vue des activités ou du personnel.

Il résulte des termes généraux et de la large portée de la disposition en cause que les restrictions s'appliquent à un grand nombre de fonctionnaires qui, dans une fonction publique moderne, remplissent des tâches de bureau ou des tâches techniques ou industrielles n'ayant absolument rien à voir avec l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire susceptible d'être influencé de quelque manière par des considérations d'ordre politique. La nécessité de l'impartialité et même de l'apparence d'impartialité n'est pas uniforme à tous les échelons de la fonction publique. Comme l'affirme le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser*, précité: «Il ressort implicitement des motifs de l'arbitre que le degré de modération dont on doit faire preuve dépend du poste et de la visibilité du fonctionnaire» (p. 466). Appliquer à un sous-ministre et à un employé de cafétéria une norme identique me paraît aller vraiment trop loin; de plus, cela ne satisfait pas au critère selon lequel une mesure doit, dans des limites raisonnables, être soigneusement conçue pour porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression.

Dans ce contexte, l'existence d'autres méthodes devient pertinente. D'après les opinions d'expert dont les professeurs K. Kernaghan et R. Whitaker ainsi que D. Bean, président national de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, ont fait bénéficier le juge de première instance, un nombre considérable de fonctionnaires ne donnent pas de conseils en matière de politiques ni ne détiennent de pouvoir discrétionnaire en matière administrative. De plus, les témoins Whitaker et Bean ont affirmé que la distinction déjà existante entre les cadres et les employés qui ne remplissent pas de fonctions de gestion forme une ligne de démarcation approximative qui permettrait l'affranchissement politique de la majorité des fonctionnaires, tout en préservant la neutralité de la fonction publique en tant qu'institution.

Pour ce qui est de la nature des activités politiques, la situation est similaire. Quoiqu'un fonctionnaire puisse assister à une réunion politique et verser de l'argent à un candidat ou à un parti politique, il lui est défendu de participer à la discussion lors d'une telle

statement of support for the party which he or she supports financially. Activity such as volunteer work in making telephone calls or stuffing envelopes for a candidate or partisan questioning of candidates at a political meeting are all included in the section's general language. I mention these because Walsh J. would have excluded them in the approach that he took to the construction of the section. In my view, for reasons which I will amplify when dealing with remedy, Walsh J. was not engaging in the normal process of interpretation but, rather, as he candidly acknowledges, was interpreting the section to conform with the *Charter* which is in essence a form of remedy referred to as "reading down".

réunion ou d'exprimer publiquement son appui du parti qu'il soutient pécuniairement. Les termes généraux de l'article englobent des activités comme celles qui consistent à travailler bénévolement à faire des appels téléphoniques ou à remplir des enveloppes pour un candidat, ou à poser aux candidats dans le cadre d'une réunion politique des questions partisanes. Si j'en parle ici, c'est parce que le juge Walsh a adopté une méthode d'interprétation qui aurait exclu ces activités de la portée de l'article en cause. Pour des motifs que je développerai en traitant de la réparation, j'estime que le juge Walsh, n'a pas suivi la marche normale de l'interprétation, mais a plutôt interprété l'article—il l'avoue franchement d'ailleurs—de manière à ce qu'il soit conforme à la *Charte*, ce qui constitue essentiellement une forme de réparation qu'on désigne du nom d'«interprétation atténuée».

To summarize, the impugned legislation bans all partisan-related work by all public servants, without distinction either as to the type of work, or as to their relative role, level or importance in the hierarchy of the public servant. In *Fraser, supra*, Dickson C.J. commented at p. 467 that:

Thirdly, common sense comes into play here. An absolute rule prohibiting all public participation and discussion by all public servants would prohibit activities which no sensible person in a democratic society would want to prohibit.

In my opinion the minor exclusions from the generality of the activity referred to by Dickson C.J. are insufficient to redeem this legislation. The restrictions on freedom of expression in this case are over-inclusive and go beyond what is necessary to achieve the objective of an impartial and loyal civil service. In this regard we were referred to the legislation in other jurisdictions in which distinctions were made both as to the activity proscribed and the level of civil servant. For example, in Great Britain, public servants are divided into three groups depending on their employment status: a politically free group, an intermediate group and a politically restricted group. Different standards apply to each. Within Canada itself, the provinces of Quebec, Nova Scotia, Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan

En résumé, la disposition contestée interdit à tous les fonctionnaires tout travail de caractère partisan, sans égard à la nature de ce travail et sans tenir compte du rôle, du rang ou de l'importance de ces fonctionnaires dans la hiérarchie de la fonction publique. Dans l'arrêt *Fraser*, précité, le juge en chef Dickson fait remarquer, à la p. 467:

Troisièmement, à ce stade, le bon sens entre en jeu. Une règle absolue interdisant toute participation et discussion publique par tous les fonctionnaires aurait pour effet d'interdire des activités qu'aucune personne sensée dans une société démocratique ne voudrait interdire.

À mon avis, le fait que soient prévues certaines exceptions mineures à l'interdiction générale évoquée par le juge en chef Dickson ne suffit pas pour sauver l'article en cause. Les restrictions imposées à la liberté d'expression en l'espèce ont une portée excessive et dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'une fonction publique impartiale et loyale. Sur ce point, on nous a renvoyés aux dispositions législatives en vigueur ailleurs, qui font des distinctions tant à l'égard de l'activité proscrite qu'à l'égard du rang des fonctionnaires touchés. En Grande-Bretagne, par exemple, les fonctionnaires sont divisés en trois groupes selon la nature du poste qu'ils occupent: un groupe jouissant d'une pleine liberté politique, un groupe intermédiaire et un groupe assujetti à des restrictions politiques. Des

allow greater political freedom than does the federal government. In this respect, Michael Decter, Deputy Minister in the Executive Council, Government of Manitoba, offered his testimony to the effect that the less restrictive legislation has not resulted either in a weakening of administrative impartiality within the public service, or in a decrease of public confidence in the independence of the public service.

In conclusion, I am of the view that s. 33 fails the minimum impairment test and it is therefore unnecessary to consider the third aspect of the proportionality test. I now proceed to consider the appropriate remedy.

Remedy

This is a case in which I have concluded that s. 33 in many of its applications exceeds what is necessary to achieve the admittedly valid government objective of maintaining the neutrality of the civil service. In a number of cases to which the section applies the restriction is a justifiable limit on freedom of expression and, had it been limited to these, would have been unassailable. In these circumstances, where there exists a less restrictive alternative, the question arises as to whether the overbreadth should be cured by the legislature or by the court. In this case Walsh J. chose to cure the defect rather than leaving it to Parliament. He dealt with the respondents on a case-by-case basis and tailored the legislation to conform with a result that would not involve an unreasonable limit on the freedom of expression. I characterize this approach as "reading down". On the other hand, the Court of Appeal struck out the offending parts of the section leaving it to Parliament to cure the defect by adopting an alternative that will conform to the *Charter* in its various applications. In these circumstances, assuming that the Court has the power to "read down" legislation, it is necessary to decide which is the appropriate remedy in this case. This Court has not decided whether the remedies of "reading down" and its companion "the constitutional exemption" are remedies which it can apply in a *Charter* case. I have concluded that, assuming the Court has the power to

normes différentes s'appliquent à chacun de ces groupes. Même au Canada, les provinces de Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, d'Alberta et de la Saskatchewan accordent une plus grande liberté politique que ne le fait le fédéral. Michael Decter, sous-ministre membre du conseil exécutif du gouvernement du Manitoba, a témoigné à ce propos que les dispositions législatives moins restrictives n'ont entraîné ni diminution de l'impartialité administrative au sein de la fonction publique ni baisse de la confiance du public dans l'indépendance de la fonction publique.

Pour conclure, je suis d'avis que l'art. 33 ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale et qu'il n'est donc pas nécessaire d'examiner le troisième volet du critère de proportionnalité. Je me penche maintenant sur la question de la réparation appropriée.

d

La réparation

J'ai conclu en l'espèce que dans beaucoup de ses applications l'art. 33 dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental, indubitablement légitime, du maintien de la neutralité de la fonction publique. Dans plusieurs cas d'application de cet article, la restriction constitue une limite justifiable imposée à la liberté d'expression et, si elle avait porté sur ces seuls cas, aurait été inattaquable. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, une mesure moins restrictive s'offre, on doit se demander si c'est au législateur ou bien aux tribunaux qu'il appartient de remédier à la portée excessive. Dans la présente instance, le juge Walsh a décidé de corriger lui-même le défaut plutôt que d'en laisser le soin au Parlement. Il a en effet examiné un à un le cas de chacun des intimés et a interprété la disposition en cause de manière à ce qu'elle ne limite pas déraisonnablement la liberté d'expression. Je qualifie cette méthode d'"interprétation atténuée". La Cour d'appel, par contre, a invalidé les dispositions contestées de l'article en laissant au Parlement le soin de réparer le défaut par l'adoption de dispositions différentes qui, dans leurs diverses applications, seront conformes à la *Charte*. Dans ces circonstances, à supposer que la Cour ait le pouvoir de faire une "interprétation atténuée" des dispositions législatives, il faut décider quelle est la réparation adéquate en l'espèce. Notre Cour n'a pas déterminé si la réparation qualifiée

"read down", it should not be exercised in this case. It is not therefore necessary to decide whether the Court has the power. My discussion of the remedy of "reading down" proceeds on this basis.

d'«interprétation atténuée» et son corollaire, l'«exemption constitutionnelle», sont des réparations qu'elle peut appliquer dans une affaire relative à la *Charte*. J'ai conclu que, à supposer que la Cour ait le pouvoir de faire une «interprétation atténuée», elle ne devrait pas l'exercer en l'espèce. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la Cour a effectivement ce pouvoir. C'est sur ce principe que je fonde mon analyse de la réparation qu'est l'«interprétation atténuée».

It is argued that the course of action taken by Walsh J. was less of an intrusion into the legislative sphere than the remedy employed by the Court of Appeal. This submission is based on the notion that reading down of the statute to conform with the *Charter* does not involve a determination of invalidity of the impugned provisions. The fallacy in this reasoning is that, in order to determine which interpretation is consistent with the *Charter*, it is necessary to determine what aspects of the statute's operation do not conform. The latter determination is in essence an invalidation of the aspects of the statute that are found not to conform. This requires not only a finding that a *Charter* right or freedom is infringed but that it is not justified under s. 1. This so-called "reading down" of a statutory provision operates to avoid a finding of unconstitutionality. In a *Charter* case, this means not only an infringement of a right or freedom but one that is, as well, not a reasonable limit prescribed by law and justified under s. 1. As Lamer J. (as he then was) put it in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078:

On soutient que la voie prise par le juge Walsh constitue un empiétement moins grave sur le domaine législatif que ne l'est la solution retenue par la Cour d'appel. Cet argument repose sur la notion selon laquelle, en donnant à la loi une interprétation atténuée destinée à la rendre conforme à la *Charte*, on ne se trouve pas à invalider les dispositions contestées. Or, ce raisonnement a ceci de défectueux que, pour déterminer quelle interprétation est compatible avec la *Charte*, il faut déterminer également sous quels aspects de son application la loi ne s'y conforme pas. Cette dernière détermination revient essentiellement à invalider les dispositions de la loi jugées non conformes. On doit à cette fin conclure non seulement qu'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*, mais que cette violation n'est pas justifiée aux termes de l'article premier. Ce que l'on appelle l'«interprétation atténuée» permet d'éviter une conclusion d'institutionnalité. Dans une affaire mettant en cause la *Charte*, cela s'applique non seulement à une violation d'un droit ou d'une liberté, mais à une violation qui ne constitue pas une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et justifiée aux termes de l'article premier. Ainsi que le dit le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078:

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. [Je souligne.]

C'est pour éviter le résultat évoqué par les mots soulignés dans ce passage qu'on a recours à cette

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. [Emphasis added.]

It is to avoid the result of the underlined words in that passage that this interpretative tool is employed. Or,

as Walsh J. put it, what was required was a "judicial interpretation" as to "whether the proposed activities of the plaintiffs constitute activities which are permissible under the Charter but which were restricted by the interpretation given by the Commission to section 32 [now s. 33]" (p. 237). In this respect, I agree with the following comment made by Carol Rogerson in her article "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness" contained in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), at p. 248:

While the courts continue to describe reading down as a technique of interpretation rather than of invalidation, as a practical matter reading down is difficult to distinguish from a remedy which would operate to declare particular applications of a law unconstitutional. Reading down does require an initial determination by the court that particular applications of the statute would be unconstitutional.

The process of interpreting a statutory provision that is susceptible of more than one meaning was traditionally governed by the basic precept that the Court's function is to discover the intention of the legislature. In a case in which the ordinary rules of construction yield two equally plausible meanings, policy considerations are a factor in resolving the conflict. In constitutional cases before the *Charter* this was reflected in the practice of interpreting statutes by applying a presumption that a legislative body does not intend to exceed its powers under the Constitution. As an example, in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, this Court held that a local ordinance regulating the use of property by prohibiting the erection of unauthorized signs, though apparently without limits, could not have been intended to encroach on federal jurisdiction over elections, and should therefore be "read down" so as not to apply to election signs. The application of the presumption of constitutionality in *Charter* cases has not been resolved by this Court. In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at p. 125, Beetz J., commenting on the presumption of constitutionality, said: "The extent to which this rule of construction otherwise applies, if at all, in the field of the *Charter* is a matter of contro-

méthode d'interprétation. En d'autres termes, ce qu'il fallait, pour reprendre les propos du juge Walsh, c'était que le tribunal décide «si les activités projetées par les demandeurs constituent des activités qui sont acceptables en vertu de la Charte mais qui ont été limitées par l'interprétation donnée par la Commission à l'article 32 [maintenant l'art. 33]» (p. 237). À ce propos, je souscris à l'observation suivante que fait Carol Rogerson dans son article intitulé «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. J. Sharpe, éd., *Charter Litigation* (1987), à la p. 248:

[TRADUCTION] Bien que les tribunaux continuent à caractériser l'interprétation atténuée comme une méthode d'interprétation plutôt que d'invalidation, il est difficile dans la pratique de distinguer l'interprétation atténuée d'avec une réparation qui permettrait de déclarer inconstitutionnelles certaines applications d'une loi. L'interprétation atténuée nécessite en effet une conclusion préliminaire par le tribunal que certaines applications de la loi seraient inconstitutionnelles.

Le processus d'interprétation d'une disposition législative qui admet plus d'un sens était traditionnellement régi par le principe fondamental selon lequel le rôle du tribunal est de découvrir l'intention du législateur. Dans un cas où les règles ordinaires d'interprétation permettent de dégager deux sens tout aussi plausibles, on tient compte de considérations de principe pour résoudre le conflit. Dans les causes constitutionnelles antérieures à la *Charte*, cela se traduisait par la pratique consistant à appliquer à l'interprétation des lois la présomption selon laquelle le législateur n'a pas l'intention d'outrepasser les pouvoirs que lui confère la Constitution. Mentionnons à titre d'exemple que, dans l'arrêt *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, notre Cour a conclu que, malgré son application apparemment illimitée, une ordonnance locale qui réglementait l'utilisation des biens-fonds en interdisant tout affichage non autorisé, ne pouvait avoir été destinée à empiéter sur la compétence fédérale en matière d'élections et devait en conséquence recevoir une «interprétation atténuée» de manière à ce qu'elle ne s'applique pas à l'affichage électoral. Or, notre Cour n'a pas encore tranché la question de l'application de la présomption de constitutionnalité dans des affaires mettant en cause la *Charte*. Dans l'affaire *Manitoba (Procureur général)*

versy...." On the other hand, in *Slaight*, Lamer J., dissenting in part, although not expressly adopting a presumption of constitutionality, interpreted a general provision down in order to avoid a result that violated the *Charter*.

The policy of restraint reflected in the presumption of constitutionality arose out of the traditional respect by the judicial branch for the supremacy of the legislative branch. Interpreting a statute by reading it in accordance with the presumed intention of the legislators was regarded as less of an invasion of their domain by the court. In selecting an appropriate remedy under the *Charter* the primary concern of the court must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. This flows from the court's role as guardian of the rights and freedoms which are entrenched as part of the supreme law of Canada. The court is given an express mandate to declare invalid a law which, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, is of no force or effect to the extent of its inconsistency with the *Charter*. There is no reason for the court to disguise the exercise of this power in the traditional garb of interpretation. At the same time, the court must be sensitive to its proper role in the constitutional framework and refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary to give full effect to the provisions of the *Charter*. In exercising its broad discretion to fashion the appropriate remedy that will achieve these objectives in a *Charter* case, it is unnecessary to resolve the question as to whether there is a presumption of constitutionality. By reason of the diverse and novel problems which it will be called upon to redress, the court must maintain at its disposition a variety of remedies as part of its arsenal. Reading down may in some cases be the remedy that achieves the objectives to which I have alluded while at the same time constituting the lesser intrusion into the role of the legislature. The same result may on

c. *Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz, commentant la présomption de constitutionnalité, a dit, à la p. 125: «Quant à savoir si cette règle d'interprétation s'applique par ailleurs dans le domaine de la *Charte* est un point controversé...» D'autre part, dans *Slaight*, le juge Lamer, dissident en partie, quoiqu'il n'ait pas expressément appliqué la présomption de constitutionnalité, a donné à une disposition générale une interprétation atténuée afin d'éviter un résultat qui aurait été contraire à la *Charte*.

La politique de retenue reflétée dans la présomption de constitutionnalité procédait de ce que les tribunaux respectaient traditionnellement la primauté du pouvoir législatif. On croyait en effet qu'en interpréter une loi de façon à ce qu'elle s'accorde avec l'intention présumée du législateur, la cour empiétait moins sur le domaine de ce dernier. Dans le choix d'une réparation convenable en vertu de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. Voilà ce qui découle du rôle de la cour comme gardienne des droits et libertés consacrés dans la loi suprême du Canada. La cour est expressément autorisée, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à invalider une règle de droit dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*. Il n'y a donc aucune raison pour habiller l'exercice de ce pouvoir du manteau traditionnel de l'interprétation. En même temps, la cour doit se montrer consciente du rôle qu'elle est appelée à jouer dans le cadre constitutionnel et ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire pour rendre pleinement opérantes les dispositions de la *Charte*. Lorsqu'elle exerce son large pouvoir discrétionnaire d'accorder la réparation qui permettra d'atteindre ces objectifs dans une affaire mettant en cause la *Charte*, la cour n'a pas à décider s'il existe une présomption de constitutionnalité. En raison des problèmes nouveaux et divers qu'elle aura à régler, il faut que la cour dispose toujours d'un arsenal comportant une variété de réparations possibles. L'interprétation atténuée peut dans certains cas être la réparation qui, tout en atteignant les objectifs dont j'ai déjà fait mention, représente

occasion be obtained by resort to the constitutional exemption. This remedy was adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300, a case which is pending in this Court*. In such circumstances I see no particular virtue in resorting to the language of presumptions in order to disguise what is to all intents and purposes a remedy. When the values of the *Charter* are not sacrificed thereby, it is preferable to express deference to the legislature as a factor in fashioning the remedy rather than engaging in a fictitious analysis that attributes to the legislature an intention that it did not have.

This brings me to the appropriate remedy in this case. The language of s. 33 is so inclusive that Walsh J. declined to provide any general definition of its scope but rather preferred to deal with the activity of each of the plaintiffs individually in measuring the restriction imposed by the section against the *Charter*. The number of instances in which the operation of the section would otherwise have been in breach of s. 2(b) of the *Charter* is extensive. On this basis there is little doubt that in future other instances will arise which will require a similar reading down of the section. In the final analysis, a law that is invalid in so many of its applications will, as a result of wholesale reading down, bear little resemblance to the law that Parliament passed and a strong inference arises that it is invalid as a whole. In these circumstances it is preferable to strike out the section to the extent of its inconsistency with s. 2(b). To maintain a section that is so riddled with infirmity would not uphold the values of the *Charter* and would constitute a greater intrusion on the role of Parliament. In my opinion it is Parliament that should determine how the section should be redrafted and not the Court. Apart from the impracticality of a determination of the constitutionality of the section on a case-by-case basis, Parliament will have available to it information and expertise that is not available to the Court.

^a l'empîtement le moins grave sur les fonctions du législateur. On peut parfois arriver au même résultat en recourant à l'exemption constitutionnelle. C'est la réparation qu'a adoptée la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300, affaire en instance devant notre Cour*. Je ne vois dans de telles circonstances aucune utilité particulière à parler de présomptions pour déguiser ce qui est à toutes fins pratiques une réparation. Lorsque cela n'entraîne pas le sacrifice des valeurs véhiculées par la *Charte*, il vaut mieux faire preuve de retenue à l'égard du législateur dans le cadre du choix de la réparation plutôt que de se lancer dans une analyse artificielle qui prête au législateur une intention qu'il n'a jamais eue.

^b Voilà qui m'amène à la question de la réparation qui convient en l'espèce. Le texte de l'art. 33 est de portée tellement vaste que le juge Walsh s'est refusé à établir une définition générale de cette portée, préférant plutôt examiner sur une base individuelle le cas des activités de chacun des demandeurs aux fins d'apprécier à la lumière de la *Charte* la restriction imposée par l'article en cause. Les cas où l'application de l'article aurait par ailleurs enfreint l'al. 2b) de la *Charte* sont nombreux. Cela étant, peut-on sérieusement douter qu'il se présentera dans l'avenir d'autres cas qui nécessiteront également une interprétation atténuée de cet article. En dernière analyse, une règle de droit qui est à tant d'égards entachée d'invalidité finira, en conséquence du recours systématique à l'interprétation atténuée, par ne guère ressembler au texte adopté par le législateur, ce qui fait naître une forte présomption qu'elle est invalide en totalité. Dans ces circonstances, mieux vaut invalider l'article dans la mesure de son incompatibilité avec l'al. 2b). En effet, maintenir en vigueur un article entaché de tant de défauts ne soutiendrait aucunement les valeurs inhérentes à la *Charte* et représenterait un empiétement plus prononcé sur le rôle du Parlement. À mon avis, c'est précisément au Parlement et non à la Cour qu'il appartient de déterminer quelle devrait être la nouvelle formulation de l'article. Sans compter qu'il est peu pratique de décider de la constitutionnalité de l'article en procédant cas par cas, le législateur fédéral disposera de données et d'expertise dont la Cour ne bénéficie pas.

Disposition

The judgment of the Federal Court of Appeal declared that s. 32(1)(a) (now s. 33(1)(a) of the *Act*) is of no force and effect except as it applies to a "deputy head". The respondents did not cross-appeal or seek a variation of this order. In the result, this order will stand. Accordingly, for the reasons I have expressed above, the appeals are dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Sopinka J., and agree with much that he has said. I agree that the provision in question restricts freedom of speech and expression. I disagree, however, with his conclusion that s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not save the legislation. My disagreement is focussed on the discussion of "minimal impairment".

I agree with his conclusion that the language of s. 33(1)(a) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, provides an intelligible standard and is thus a limit imposed by law. It is upon this ground, vagueness, that the Federal Court of Appeal, [1988] 3 F.C. 219, reversed the trial judgment, [1986] 3 F.C. 206.

The trial judgment commands careful consideration. The parties offered considerable evidence on the question of the reasonableness of this limitation on freedom of expression. The trial judge thus enjoyed an important advantage in having the opportunity to hear and assess that evidence. He found the evidence relating to the effectiveness of public service employment limitations in other jurisdictions to be inconclusive. He carefully reviewed the authorities considering s. 1 and found "minimal impairment". I do not see any grounds for disturbing his findings.

In my view he was perfectly correct in concluding that less restrictive provisions in other jurisdictions were not shown to be effective in meeting the objec-

Dispositif

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale a déclaré inopérant l'al. 32(1)a (maintenant l'al. 33(1)a) de la *Loi*, sauf dans la mesure où il s'applique à un administrateur général. Les intimés n'ont pas formé de pourvoi incident ni demandé la modification de cette ordonnance. L'ordonnance est en conséquence maintenue. Pour les motifs exposés ci-dessus, les pourvois sont donc rejetés avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka et je suis dans une large mesure d'accord avec ce qu'il dit. Comme lui, j'estime que la disposition en cause restreint la liberté de parole et d'expression. Je ne souscris cependant pas à sa conclusion que cette disposition n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et c'est sur l'analyse de «l'atteinte minimale» que porte mon désaccord.

Je conclus comme le juge Sopinka que le texte de l'al. 33(1)a) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, établit une norme intelligible et constitue donc une restriction prescrite par une règle de droit. Le motif de l'affirmation du jugement de première instance, [1986] 3 C.F. 206, par la Cour d'appel fédérale, [1988] 3 C.F. 219, était justement l'imprécision.

Le jugement de première instance appelle un examen attentif. Les parties ont produit une preuve abondante sur la question du caractère raisonnable de cette restriction à la liberté d'expression. Le premier juge a donc eu le grand avantage d'entendre et d'apprécier cette preuve. Il n'a pas jugé concluante la preuve concernant l'efficacité des restrictions que d'autres ressorts ont imposées aux fonctionnaires. Ayant minutieusement passé en revue la jurisprudence traitant de l'article premier, il a conclu à une «atteinte minimale». Je ne vois aucune raison de toucher à ses conclusions.

À mon avis, il avait parfaitement raison de conclure qu'on n'a pas démontré que des dispositions moins restrictives en vigueur dans d'autres ressorts

tives of the legislation. In this conclusion he apparently agreed with the witness Kernaghan who pointed out the difficulty in assessing the efficacy of rules applied in other jurisdictions. For example, of Manitoba's procedures, the witness Kernaghan opined that "the jury is still out".

The fact that some other jurisdictions have less restrictive provisions does not, of itself, justify the conclusion that the means chosen by Canada are "over-broad". These restrictions are protective, designed to serve the need for preserving political neutrality in the civil service. We cannot rely on comparisons with other jurisdictions without an appreciation of the objectives that jurisdiction seeks to meet and an evaluation of the extent to which those objectives are met. The fact that some home owners choose not to lock their doors does not demonstrate that securing the home is unnecessary. Nor would the fact that some home owners are satisfied to rely on "no trespassing" signs establish that such means were a suitable alternative method of property security. Similarly, the existence of legislation with less restrictive means does not establish that that scheme better protects the neutrality and integrity of the civil service.

The impugned provision forbids partisan political activity in pursuit of several goals. If the state's sole objective is to control the political activities of those government employees who exercise discretion in dealing with the public, then the section is overreaching. That control, however, is not the sole objective of placing restraints on the political activities of public servants.

In discussing the necessity for placing restraints on partisan political activities, the trial judge spoke of the "merit principle for appointments and promotions", "confidence of the public in fair and impartial administration", and the confidence of elected ministers "in the advice of subordinate public servants on whose work they must rely" (p. 234). The legislation is aimed at enhancing and preserving these characteristics, according with the comments of Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*,

sont un moyen efficace d'atteindre les objectifs visés par la loi. En cela il semble avoir retenu le point de vue du témoin Kernaghan, qui a fait ressortir la difficulté que présente l'évaluation de l'efficacité de règles appliquées dans d'autres ressorts. Ce dernier affirme, par exemple, au sujet des dispositions manitobaines, que [TRADUCTION] «il est encore trop tôt pour en juger».

^b L'existence de dispositions moins restrictives dans d'autres ressorts ne saurait, à elle seule, justifier la conclusion que les moyens choisis par le Canada sont «de portée excessive». Il s'agit de restrictions protectrices visant à préserver la nécessaire neutralité politique de la fonction publique. Sans connaître les objectifs visés dans d'autres ressorts et sans savoir dans quelle mesure ils ont été réalisés, nous ne pouvons nous fier aux comparaisons faites avec ces autres ressorts. Que certains propriétaires choisissent de ne pas fermer leurs portes à clé ne démontre aucunement qu'il n'est pas nécessaire de le faire. Ce n'est pas non plus parce que certains propriétaires se contenteraient de poser des panneaux «entrée interdite» que cela représenterait une autre méthode valable d'assurer la sécurité d'une propriété. De même, l'existence de dispositions législatives prévoyant des moyens moins restrictifs ne prouve pas que la neutralité et l'intégrité de la fonction publique sont ainsi mieux protégées.

^c C'est dans plusieurs buts que la disposition contestée interdit l'activité politique partisane. Si l'État visait uniquement à limiter les activités politiques des fonctionnaires qui sont appelés à exercer un pouvoir discrétionnaire dans leurs relations avec le public, la portée de la disposition en cause serait alors excessive. Mais ce n'est pas le seul but des restrictions imposées aux activités politiques des fonctionnaires.

^d Traitant de la nécessité de restreindre les activités politiques partisanes, le juge de première instance évoque le «principe des nominations et des promotions d'après le mérite», la «confiance» du public dans une administration «équitable et impartiale» et la confiance des ministres élus dans les «conseils fournis par les fonctionnaires», conseils «sur lesquels ils doivent se fonder» (p. 234). La disposition législative en cause vise à renforcer et à maintenir ces principes, ce qui concorde avec les remarques du juge en

[1985] 2 S.C.R. 455, where he spoke of "impartiality, neutrality, fairness and integrity" in the tradition surrounding our public service (p. 471).

Professor Kernaghan, in cross-examination was asked to accept, and did accept, the proposition that civil servants "[m]ust not engage in partisan political activities which will jeopardize the political neutrality both real and perceived of the public service".

The legislation could distinguish between various levels of employees, but, in my view, the case against partisan activities at all levels is a strong one. No civil servant must owe, or be seen to owe, appointment or promotion to partisan activities. Activities tend to be overt and they are likely to be known or become known to those within and without the public service. Once allegiances are known, the principles of neutrality, impartiality and integrity are endangered. There is a danger within the service that those seeking appointments or promotions will feel some incentive to cut their cloth to the known partisan interests of those who have influence over appointments and promotions. Visible partisanship by civil servants displays a lack of neutrality, and a betrayal of that convention of neutrality. The public perception of neutrality is thus severely impaired, if not destroyed.

At the same time we must recognize that the legislation does not forbid membership in or financial support of a party. Nor does it prohibit speaking on all public issues.

An effective civil service is essential to modern day democratic society. This proposition is discussed by Beetz J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2. At page 44 he describes the findings of MacKinnon A.C.J.O. supporting the convention of political neutrality as unassailable. The passage quoted by Beetz J. incorporates the conclusion of Labrosse J. that "Public confidence in the civil ser-

chef Dickson dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, où il parle de la tradition «d'impartialité, de neutralité, d'équité et d'intégrité» propre à notre fonction publique (p. 471).

On a réussi à faire admettre au professeur Kernaghan au cours de son contre-interrogatoire que les fonctionnaires [TRADUCTION] «ne doivent pas se livrer à des activités politiques partisanes qui compromettent la neutralité politique réelle et perçue de la fonction publique».

La disposition en cause aurait pu faire une distinction entre les employés de différents niveaux mais, à mon avis, les arguments en faveur d'une interdiction globale des activités partisanes sont forts. Il ne faut pas qu'un fonctionnaire doive, ou soit perçu comme devant, sa nomination ou sa promotion à des activités partisanes. Ces activités tendent à être manifestes et il est probable que tôt ou tard celles-ci seront connues tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la fonction publique. Dès lors que les allégeances politiques deviennent notoires, les principes de neutralité, d'impartialité et d'intégrité se trouvent menacés. On peut craindre en effet dans la fonction publique que des personnes briguant une nomination ou une promotion se sentent contraintes de régler leur conduite sur les intérêts partisans connus de ceux qui en décident. En affichant leurs convictions politiques, les fonctionnaires font preuve d'un manque de neutralité et, par le fait même, violent la convention de neutralité, de sorte que la perception de neutralité existante chez le public est gravement compromise, voire anéantie.

Il faut reconnaître par ailleurs que la disposition en cause n'interdit ni d'appartenir à un parti ni de le soutenir financièrement. Elle n'empêche pas non plus l'expression d'opinions sur toute question d'intérêt public.

Une fonction publique efficace est indispensable dans une société démocratique moderne. C'est une proposition dont traite le juge Beetz dans l'arrêt *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2. À la page 44, il qualifie d'inattaquables les conclusions du juge en chef adjoint MacKinnon concernant l'existence d'une convention de neutralité politique. Le passage cité par le juge Beetz comprend

vice requires its political neutrality and impartial service to whichever political party is in power". In my view a measure of neutrality is necessary in order to preserve that effectiveness and the state may impose appropriate limits to that end. I do not read my colleague's judgment as denying that proposition. Our difference centres on whether the means chosen offends the "minimal means" test.

^a la conclusion du juge Labrosse selon laquelle [TRADUCTION] «La confiance du public dans la fonction publique exige sa neutralité politique et son impartialité dans la prestation de ses services, peu importe le parti politique au pouvoir». Selon moi, un certain degré de neutralité s'impose afin d'assurer le maintien de cette efficacité et l'État peut prescrire les restrictions nécessaires à cet effet. Je ne crois pas que cette proposition soit rejetée par mon collègue dans ses motifs. Nos opinions divergent sur la question de savoir si les moyens choisis satisfont ou non au critère de l'«atteinte minimale».

The means must, of course, be assessed in the light of the objective, which I take to be to secure civil service neutrality in all of its elements. I must say that to permit overt partisan political activity is to come perilously close to abandoning the principle of neutrality. The government may, of course, decide to abandon or modify that principle, but this legislation is directed towards its preservation and our task is to decide if this means of preservation is justifiable.

^b Il faut évidemment apprécier les moyens employés en fonction de l'objectif visé, qui est en l'occurrence, je crois, d'assurer la neutralité de la fonction publique dans tous ses éléments. Je dois dire qu'autoriser la participation manifeste à des activités politiques partisanes, c'est approcher dangereusement de l'abandon du principe de neutralité. Le gouvernement peut, bien entendu, décider d'abandonner ou de modifier ce principe, mais la disposition en cause est destinée à le maintenir. Notre tâche consiste donc à déterminer si ce moyen d'y arriver peut se justifier.

Section 1 is a flexible provision and this Court is still engaged in the process of defining and refining the factors to be considered in its application. I am in respectful agreement with the statement of La Forest J. in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90, that the underlying values of *Charter* rights and freedoms "must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature". He refers to the need to allow for "the protection of other competing interests in a democratic society" (p. 1490). The need for flexibility is expressed by Dickson C.J. in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 927, where balancing between important collective interests and *Charter* rights is involved. As he points out, at p. 916, "s. 1 both guarantees and limits *Charter* rights and freedoms by ref-

^c L'article premier est une disposition souple et notre Cour n'a pas encore achevé le processus de définition et de mise au point des facteurs à prendre en considération aux fins de son application. Je souscris avec égards à la déclaration faite par le juge La Forest dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, selon laquelle les valeurs sous-jacentes aux droits et libertés garantis par la *Charte* «doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir». Il fait mention de la nécessité de prévoir «la protection d'autres intérêts opposés dans une société démocratique» (p. 1490). Le besoin de souplesse dans des cas où il faut soupeser des intérêts collectifs importants et des droits conférés par la *Charte* est exprimé par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 927. Comme il le souligne à la p. 916, «l'article premier garantit et limite à la fois les droits et libertés garantis par la

erence to principles fundamental in a free and democratic society".

I also agree with the observation of McLachlin J. in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 248, where she points out that the courts must not strike out legislation merely because they can conceive of an alternative which seems to be less restrictive, recognizing that governments must develop rules and policies to apply to many cases.

Before turning to the specific question of "minimal means" I refer briefly to the experience in the United States. That experience is informative and instructive because its efficacy is not in question. It is particularly illuminating because it represents the experience and learning of a country with very strong democratic traditions and a highly developed, vigorous notion of free speech.

The experience in the United States is usefully discussed by Vaughn, "Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond" (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516. Prohibitions on active participation in political campaigns are common. Federal restraints are to be found in the Hatch Act. While there is continuing political debate about these restrictions, "the judiciary consistently has upheld such restraints as within the legislative power to promote the efficiency of the federal civil service" (Vaughn, *op. cit.*, at p. 516).

In discussing the prohibition of partisan political conduct, the majority of the Supreme Court of the United States (White J. for himself, Burger C.J. and Stewart, Blackmun, Powell and Rehnquist JJ.) in *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL-CIO*, 413 U.S. 548 (1973), at p. 557, referred to and confirmed the judgment of a long history "... that it is in the best interest of the country, indeed essential, that federal service should depend upon meritorious performance rather than political service, and that the political

Charte en faisant appel aux principes qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique».

Je suis en outre d'accord avec l'observation du juge McLachlin dans l'affaire *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 248, où elle souligne que les tribunaux ne doivent pas invalider un texte législatif du seul fait qu'ils peuvent concevoir une autre mesure qui semble moins restrictive, car il est entendu que les gouvernements doivent élaborer des règles et des politiques susceptibles d'application à un grand nombre de situations.

Avant d'aborder la question précise de l'«atteinte minimale», je veux parler brièvement de ce qui se fait aux États-Unis. L'expérience américaine est source d'information et d'enseignement parce que l'efficacité des mesures américaines n'a pas été mise en doute. Cette expérience est d'autant plus révélatrice qu'elle est celle d'un pays qui possède une très forte tradition démocratique, et où la notion de liberté d'expression est dynamique et extrêmement évoluée.

On trouve une étude utile de l'expérience américaine dans Vaughn, «*Restrictions on the Political Activities of Public Employees: The Hatch Act and Beyond*» (1976), 44 *Geo. Wash. L. Rev.* 516. L'interdiction de la participation active aux campagnes électorales est chose courante aux États-Unis. C'est la loi Hatch qui édicte les restrictions fédérales dans ce domaine. Quoique ces restrictions continuent à faire l'objet d'un débat politique, [TRADUCTION] «les tribunaux ont uniformément statué que de telles restrictions sont valides car elles relèvent de la compétence législative d'assurer l'efficacité de la fonction publique fédérale» (Vaughn, *loc. cit.*, à la p. 516).

Analysant l'interdiction de l'activité politique partisane, la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, (le juge White, avec l'appui du juge en chef Burger et des juges Stewart, Blackmun, Powell et Rehnquist) évoque et confirme, dans l'affaire *United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers, AFL-CIO*, 413 U.S. 548 (1973), à la p. 557, le jugement porté par une longue tradition, à savoir [TRADUCTION] «... que, dans l'intérêt du pays, il vaut mieux, et il est même indispensable, que la fonction publique fédérale dépende du rendement

influence of federal employees on others and on the electoral process should be limited." In discussing that history, the majority discussed various factors militating in favour of restrictions protecting the neutrality of the civil service, and, at p. 566, described a concern, "as important as any other" that employment and advancement in the service not depend on political performance and that employees be freed from pressure and express or tacit invitations to perform political chores.

méritoire plutôt que du service politique et que l'influence politique pouvant être exercée par les fonctionnaires fédéraux sur autrui et sur le processus électoral soit limitée». Dans le cadre de son examen de cette tradition, la majorité traite de divers facteurs militant en faveur de restrictions destinées à protéger la neutralité de la fonction publique. La majorité, à la p. 566, fait état d'une préoccupation [TRADUCTION] «égale en importance à toute autre» voulant que l'emploi et l'avancement dans la fonction publique ne tiennent pas à une prestation politique quelconque et que les fonctionnaires ne soient pas exposés à des pressions ni à des incitations, expresses ou tacites, destinées à les amener à l'exécution de tâches politiques.

In looking at the "minimal impairment" test I am reminded of the observations of Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 781-82 of a reasonable limit being one it was reasonable to impose, and his comments in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, that the Court would not take a restrictive approach to social science evidence in the name of minimal impairment. I recognize, at once, that those were cases where the Court was looking at legislation mediating between competing interests. This case does not fall into any recognized category because here the state is limiting a right in another context, the regulation of the activities of those whose function it is to maintain the democratic society which is integral to the whole of the *Charter*.

Quand je considère le critère de l'«atteinte minimale», je pense aux observations du juge en chef Dickson, qui dit, dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 781 et 782, qu'est raisonnable la limite qui peut raisonnablement être imposée et, dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, que la Cour n'adopterait pas au nom de l'atteinte minimale une approche restrictive à l'égard d'une preuve relevant des sciences sociales. Je conviens tout de suite qu'il s'agit là d'affaires où la Cour avait à se prononcer sur des dispositions législatives visant à concilier des intérêts opposés. Quant au cas présent, il ne tombe dans aucune catégorie reconnue, étant donné que l'État se trouve en l'espèce à limiter un droit dans un contexte différent, celui de la réglementation des activités de ceux dont les fonctions consistent à maintenir la société démocratique qui est essentielle à l'ensemble de la *Charte*.

I would not impose an exacting standard upon the state in the circumstances of this case. It is unnecessary, however, for me to define the standard because, in my view, the proposed less restrictive means are flawed. I agree with the trial judge who could not conclude that categorizing the civil service (and thus abandoning any restraint on the so-called lower level civil service) would satisfy the objective of preserving the political neutrality of the civil service. Before we say that other less intrusive means are available,

Pour ma part, je n'imposerai pas à l'État dans les circonstances de la présente affaire une norme sévère. Il est inutile que je définisse la norme applicable parce que, selon moi, les moyens moins restrictifs proposés sont imparfaits. Je partage l'avis du juge de première instance, qui s'est vu dans l'impossibilité de conclure que la création de catégories au sein de la fonction publique (de sorte qu'aucune restriction ne soit imposée aux fonctionnaires des échelons dits «inférieurs») permettrait d'atteindre l'objectif de la préservation de la neutralité politique de la fonction publique. Avant de pouvoir conclure qu'il existe des

we must also be able to say that those means will meet the objective.

In looking at applying s. 1 of the *Charter*, I again agree with La Forest J.'s overview of s. 1 as it relates to proportionality in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 520:

The challenged law is then subjected to a proportionality test in which the objective of the impugned law is balanced against the nature of the right it violates, the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers other rights or policies of importance in a free and democratic society.

In my view, there is an appropriate proportionality between the effects of the measure and the objective. The provision does not deny freedom of expression. It imposes a limitation on that freedom in the context of partisan political activities upon persons who, in the words of Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, *supra*, at p. 471, "must know, or at least be deemed to know, that employment in the public service involves acceptance of certain restraints".

Finally, I am not persuaded that Walsh J. was engaged in reading down the legislation. He upheld it. He gave it a "judicial interpretation" which he described as "liberal" in that it restricted no more activities than necessary to preserve the tradition of neutrality. To interpret legislation in accordance with *Charter* concepts is not to condemn it as violative of those concepts.

I would allow the appeals, with costs, and reinstate the trial judgment.

Appeals dismissed with costs, STEVENSON J. dissenting.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

moyens moins envahissants, on doit pouvoir affirmer également que ces moyens permettront d'atteindre l'objectif.

^a Je suis également d'accord avec l'aperçu général du critère de la proportionnalité dans l'application de l'article premier de la *Charte*, que le juge La Forest donne dans *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 520:

^b La loi contestée est ensuite assujettie à un critère de proportionnalité où l'objectif de cette loi est souposé en fonction de la nature du droit, de l'étendue de sa violation et de la mesure dans laquelle la limite apportée favorise d'autres droits ou politiques importants dans une société libre et démocratique.

^c À mon avis, il existe une proportionnalité convenable entre les effets de la mesure en cause et l'objectif qu'elle vise. La disposition ne prive pas de la liberté d'expression. Elle ne fait que limiter cette liberté dans le contexte d'activités politiques partisanes pour les personnes qui, comme le dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, précité, à la p. 471, «doi[vent] savoir, ou du moins [sont] présumée[s] savoir, que l'emploi dans la fonction publique comporte l'acceptation de certaines restrictions».

^d Enfin, je ne suis pas convaincu que le juge Walsh a donné une interprétation atténuée à la disposition en cause. Il en a simplement maintenu la validité. Il lui a donné une «interprétation judiciaire» qu'il a qualifiée de «libérale» puisqu'elle ne limitait les activités que dans la mesure où cela s'imposait pour préserver la tradition de neutralité. Interpréter un texte législatif en conformité avec les concepts énoncés dans la *Charte* ne revient pas à déclarer ce texte contraire à ces concepts.

^e Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens et de rétablir la décision de première instance.

Pourvois rejetés avec dépens, le juge STEVENSON est dissident.

Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.

*Solicitors for the respondents Millar and Osborne:
Nelligan/Power, Ottawa.*

*Solicitor for the respondents Barnhart et al.: Jeffry
A. House, Toronto.*

*Solicitors for the intervenor the Attorney General
of Quebec: Jean Bouchard and Isabelle Harnois, Ste-
Foy;*

*Solicitors for the intervenor the Attorney General
for Saskatchewan: Gowling, Strathy & Henderson,
Ottawa.*

*Solicitor for the intervenor the Attorney General of
Newfoundland: The Attorney General of Newfound-
land, St. John's.*

*Procureurs des intimés Millar et Osborne: Nelli-
gan/Power, Ottawa.*

*Procureur des intimés Barnhart et autres: Jeffry A.
House, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général
du Québec: Jean Bouchard et Isabelle Harnois, Ste-
Foy.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général
de la Saskatchewan: Gowling, Strathy & Henderson,
Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de
Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve,
St. John's.*