

Richard Sauvé *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada, the Chief Electoral Officer of Canada and the Solicitor General of Canada *Respondents*

and between

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

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, the John Howard Society of Canada, the British Columbia Civil Liberties Association, the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. and the Canadian Bar Association *Interveners*

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

Neutral citation: 2002 SCC 68.

File No.: 27677.

2001: December 10; 2002: October 31.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

Richard Sauvé *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada, le Directeur général des élections du Canada et le Solliciteur général du Canada *Intimés*

et entre

Sheldon McCorrister, Président, Lloyd Knezacek, Vice-président, en leur propre nom et au nom du Comité chargé du bien-être des détenus de l'Établissement de Stony Mountain, et Clair Woodhouse, Président, Aaron Spence, Vice-président, en leur nom et au nom de la Fraternité des autochtones de l'Établissement de Stony Mountain, et Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw *Appellants*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général du Manitoba, l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, la Société John Howard du Canada, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. et l'Association du Barreau canadien *Intervenants*

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

Référence neutre : 2002 CSC 68.

N° du greffe : 27677.

2001 : 10 décembre; 2002 : 31 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Crown conceding that provision infringes right to vote — Whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Elections — Disqualifications of electors — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Section 51(e) of the *Canada Elections Act* denies the right to vote to “[e]very person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more.” The constitutionality of s. 51(e) was challenged on the grounds that it contravenes ss. 3 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not demonstrably justified under s. 1. In the Federal Court, Trial Division, the Crown conceded that s. 51(e) infringes the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter* and the trial judge found that the infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The majority of the Federal Court of Appeal set aside the decision and upheld the constitutionality of s. 51(e). The court held that the infringement of s. 3 was justifiable in a free and democratic society and that s. 51(e) did not infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

Held (L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: To justify the infringement of a *Charter*

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — Ministère public reconnaissant que la disposition porte atteinte au droit de vote — L’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition porte-t-elle atteinte aux droits à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Élections — Personnes inhabiles à voter — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

L’alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* interdit à « toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus » de voter. La constitutionnalité de l’al. 51e) est contestée au motif qu’il va à l’encontre de l’art. 3 et du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que sa justification ne peut se démontrer au regard de l’article premier. Devant la Cour fédérale, Section de première instance, le ministère public reconnaît que l’al. 51e) porte atteinte au droit de vote garanti par l’art. 3 de la *Charte* et le juge de première instance statue que l’atteinte n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La Cour fédérale, à la majorité, annule la décision et confirme la constitutionnalité de l’al. 51e). Elle conclut que la violation de l’art. 3 peut se justifier dans une société libre et démocratique et que l’al. 51e) ne porte pas atteinte aux droits à l’égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*.

Arrêt (les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel : Pour justifier l’atteinte portée

right under s. 1, the government must show that the infringement achieves a constitutionally valid purpose or objective, and that the chosen means are reasonable and demonstrably justified. The government's argument that denying the right to vote to penitentiary inmates requires deference because it is a matter of social and political philosophy is rejected. While deference may be appropriate on a decision involving competing social and political policies, it is not appropriate on a decision to limit fundamental rights. The right to vote is fundamental to our democracy and the rule of law and cannot be lightly set aside. Limits on it require not deference, but careful examination. The framers of the *Charter* signaled the special importance of this right not only by its broad, untrammelled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause. The argument that the philosophically-based or symbolic nature of the objectives in itself commands deference is also rejected. Parliament cannot use lofty objectives to shield legislation from *Charter* scrutiny. Here, s. 51(e) is not justified under s. 1 of the *Charter*.

The government has failed to identify particular problems that require denying the right to vote, making it hard to conclude that the denial is directed at a pressing and substantial purpose. In the absence of a specific problem, the government asserts two broad objectives for s. 51(e): (1) to enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and (2) to provide additional punishment or "enhance the general purposes of the criminal sanction". Vague and symbolic objectives, however, make the justification analysis difficult. The first objective could be asserted of virtually every criminal law and many non-criminal measures. Concerning the second objective, nothing in the record discloses precisely why Parliament felt that more punishment was required for this particular class of prisoner, or what additional objectives Parliament hoped to achieve by this punishment that were not accomplished by the sentences already imposed. Nevertheless, rather than dismissing the government's objectives outright, prudence suggests that we proceed to the proportionality inquiry.

Section 51(e) does not meet the proportionality test. In particular, the government fails to establish a rational connection between s. 51(e)'s denial of the right to vote and its stated objectives. With respect to the first objective of promoting civic responsibility and respect for the law, denying penitentiary inmates the right to vote is more

à un droit garanti par la *Charte* au regard de l'article premier, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel, et que les mesures choisies sont raisonnables et leur justification peut se démontrer. L'argument du gouvernement selon lequel le fait de priver les détenus du droit de vote appelle la retenue parce que c'est une question de philosophie sociale et politique est rejeté. La retenue peut se révéler appropriée à l'égard d'une décision impliquant des principes opposés en matière politique et sociale. Elle ne l'est pas, cependant, à l'égard d'une décision ayant pour effet de limiter des droits fondamentaux. Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33, la clause de dérogation. L'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue est également rejeté. Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la *Charte*. En l'espèce, l'al. 51e) n'est pas justifié selon l'article premier de la *Charte*.

Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de conclure qu'elle vise un but urgent et réel. Vu l'absence de problème spécifique, le gouvernement invoque deux objectifs généraux pour justifier l'al. 51e) : (1) accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit; et (2) infliger une sanction supplémentaire, ou « faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale ». Cependant, les objectifs généraux et symboliques rendent l'analyse de la question de la justification plus difficile. Le premier objectif pourrait être invoqué à l'égard de presque toutes les lois criminelles et de nombreuses mesures non criminelles. Pour ce qui est du deuxième objectif, le dossier n'indique pas précisément pourquoi le législateur a estimé qu'il fallait infliger une sanction supplémentaire à cette catégorie de prisonniers en particulier, ni quels objectifs, autres que ceux réalisés par les peines déjà prévues, le législateur espérait ainsi atteindre. Toutefois, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs.

L'alinéa 51e) ne répond pas au critère de la proportionnalité. En particulier, le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51e) et les objectifs qu'il poursuit. En ce qui concerne le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, le

likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values. The legitimacy of the law and the obligation to obey the law flow directly from the right of every citizen to vote. To deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility. The government's novel political theory that would permit elected representatives to disenfranchise a segment of the population finds no place in a democracy built upon principles of inclusiveness, equality, and citizen participation. That not all self-proclaimed democracies adhere to this conclusion says little about what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits. Moreover, the argument that only those who respect the law should participate in the political process cannot be accepted. Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the *Charter*. It also runs counter to the plain words of s. 3 of the *Charter*, its exclusion from the s. 33 override, and the idea that laws command obedience because they are made by those whose conduct they govern.

With respect to the second objective of imposing appropriate punishment, the government offered no credible theory about why it should be allowed to deny a fundamental democratic right as a form of state punishment. Denying the right to vote does not comply with the requirements for legitimate punishment — namely, that punishment must not be arbitrary and must serve a valid criminal law purpose. Absence of arbitrariness requires that punishment be tailored to the acts and circumstances of the individual offender. Section 51(e) *qua* punishment bears little relation to the offender's particular crime. As to a legitimate penal purpose, neither the record nor common sense supports the claim that disenfranchisement deters crime or rehabilitates criminals. By imposing a blanket punishment on all penitentiary inmates regardless of the particular crimes they committed, the harm they caused, or the normative character of their conduct, s. 51(e) does not meet the requirements of denunciatory, retributive punishment, and is not rationally connected to the government's stated goal.

The impugned provision does not minimally impair the right to vote. Section 51(e) is too broad, catching many people who, on the government's own theory, should not be caught. Section 51(e) cannot be saved by

fait de priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs. La légitimité de la loi et l'obligation de la respecter découlent directement du droit de vote de chaque citoyen. Priver les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales. La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. De plus, l'argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique est inacceptable. Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte*. Il va également à l'encontre du libellé même de l'art. 3 de la *Charte*, du fait qu'il ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33, et de l'idée que les lois commandent l'obéissance parce qu'elles émanent de ceux dont elles régissent le comportement.

Pour ce qui est du deuxième objectif, à savoir infliger une sanction appropriée, le gouvernement ne présente aucune théorie convaincante pour expliquer pourquoi on devrait lui permettre de retirer ce droit démocratique fondamental à titre de peine infligée par l'État. Le retrait du droit de vote n'est pas conforme aux exigences en matière de peine appropriée, à savoir que la peine ne doit pas être arbitraire et qu'elle doit viser un objectif valide en droit criminel. Pour ne pas être arbitraire, la peine doit être ajustée aux actions et à la situation particulière du contrevenant. L'alinéa 51e) en tant que peine a peu à voir avec le crime particulier commis par le contrevenant. Quant à l'objectif pénal légitime, ni le dossier ni le bon sens n'appuient la prétention que la privation du droit de vote a pour effet de dissuader les criminels ou de les réadapter. En imposant une sanction qui s'applique indistinctement à tous les détenus, indépendamment du crime commis, du préjudice causé ou du caractère normatif de leur comportement, l'al. 51e) ne satisfait pas aux exigences d'une sanction ayant un effet réprobateur et infligeant un châtement et n'a donc pas de lien rationnel avec l'objectif invoqué par le gouvernement.

La disposition contestée ne porte pas atteinte au droit de vote de façon minimale. L'alinéa 51e) a une portée trop large, touchant de nombreuses personnes qui, de l'avis même du gouvernement, ne devraient pas être

the mere fact that it is less restrictive than a blanket exclusion of all inmates from the franchise.

Lastly, the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration. In light of the disproportionate number of Aboriginal people in penitentiaries, the negative effects of s. 51(e) upon prisoners have a disproportionate impact on Canada's already disadvantaged Aboriginal population.

Since s. 51(e) unjustifiably infringes s. 3 of the *Charter*, it is unnecessary to consider the alternative argument that it infringes the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. (dissenting): This case rests on philosophical, political and social considerations which are not capable of "scientific proof". It involves justifications for and against the limitation of the right to vote which are based upon axiomatic arguments of principle or value statements. When faced with such justifications, this Court ought to turn to the text of s. 1 of the *Charter* and to the basic principles which undergird both s. 1 and the relationship that provision has with the rights and freedoms protected within the *Charter*. Particularly, s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an

visées. Il ne peut être justifié du seul fait qu'il est moins restrictif qu'une exclusion générale de tous les détenus du droit de vote.

Enfin, les effets négatifs de la privation du droit de vote l'emporteraient facilement sur les minces effets bénéfiques pouvant en découler. Priver les prisonniers du droit de vote a des effets négatifs sur les intéressés et sur le système pénal. Cela fait disparaître un moyen de susciter le développement social et sape les lois et politiques correctionnelles visant la réadaptation et la réinsertion sociale. Compte tenu du nombre disproportionné d'Autochtones dans les pénitenciers, les effets négatifs de l'al. 51e) sur les prisonniers sont disproportionnés à l'égard de la population autochtone déjà désavantagée du Canada.

Étant donné que l'al. 51e) porte atteinte de manière injustifiée à l'art. 3 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire selon lequel il viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache (dissidents) : La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la « preuve scientifique » ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomatique. Devant de telles justifications, la Cour doit s'en remettre au libellé de l'article premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Devant des philosophies sociales ou politiques opposées, le principal facteur à prendre en considération pour ce qui est de la justification en vertu de l'article premier est le caractère raisonnable. L'article premier de la *Charte* n'oblige pas le législateur ni n'autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d'annuler une restriction qui n'est pas raisonnable et qui

acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*.

Since this case is about evaluating choices regarding social or political philosophies and about shaping and giving practical application to values, especially values that may lie outside the *Charter* but are of fundamental importance to Canadians, the “dialogue” between courts and Parliament is of particular importance. The dialogue metaphor does not signal a lowering of the s. 1 justification standard. It simply suggests that when, after a full and rigorous s. 1 analysis, Parliament has satisfied the court that it has established a reasonable limit to a right that is demonstrably justified in a free and democratic society, the dialogue ends. In this case, ‘dialogue’ has existed insofar as Parliament had been addressing, since well before the Federal Court of Appeal decision, an evaluation of the right to vote, and specifically, the issue of prisoner disenfranchisement. This evaluation was obviously undertaken with the many cases concerning prisoner disenfranchisement that had occurred up to that point in mind. In enacting s. 51(e) of the *Canada Elections Act* and in providing a justification of that provision before the courts, Parliament has indicated that it has drawn a line.

In this case, while it has been conceded that s. 51(e) of the *Canada Elections Act* infringes s. 3 of the *Charter*, the infringement is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society. The objectives of s. 51(e) are pressing and substantial. Both objectives are based upon a reasonable and rational social or political philosophy. The first objective, that of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law, relates to the promotion of good citizenship. The social rejection of serious crime reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community. The “promotion of civic responsibility” may be abstract or symbolic, but symbolic or abstract purposes can be valid of their own accord and must not be downplayed simply for the reason of their being symbolic. The second objective is the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. Section 51(e) clearly has a punitive aspect with a retributive function. It is a valid objective for Parliament to develop appropriate sanctions and punishments for serious crime. The

ne peut être justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. La Cour n’a donc pas à déterminer si le législateur a pris ou non une bonne décision de politique générale, mais plutôt si, parmi les positions de principe qu’autorise la *Charte*, celle qu’il a adoptée est acceptable.

La Cour étant appelée à se prononcer sur des choix en matière de philosophies sociales ou politiques et à façonner des valeurs — dont certaines sont susceptibles d’être étrangères à la *Charte*, mais de revêtir une importance fondamentale pour les Canadiens —, à les formuler et à leur donner une application pratique, le « dialogue » entre les tribunaux et le Parlement s’impose tout particulièrement. La métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l’article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l’article premier, a convaincu le tribunal qu’il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, le dialogue prend fin. En l’espèce, il y a eu « dialogue » dans la mesure où, bien avant la décision de la Cour d’appel fédérale, le législateur a examiné la nature du droit de vote et, plus particulièrement, la question de l’inhabilité des prisonniers à voter. Cet examen faisait manifestement suite aux nombreuses décisions judiciaires rendues à ce sujet. L’adoption de l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* et sa justification devant les tribunaux indiquent que le législateur a tracé une ligne.

En l’espèce, bien qu’il ait été reconnu que l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à l’art. 3 de la *Charte*, cette atteinte constitue une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Les objectifs de l’al. 51e) sont urgents et réels. Les deux objectifs se fondent sur une philosophie sociale ou politique, à la fois raisonnable et rationnelle. Le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, est lié à la promotion du sens civique. La réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l’importance du lien entre l’individu et la collectivité. La « promotion de la responsabilité civique » peut avoir un caractère abstrait ou symbolique, mais des objectifs symboliques ou abstraits peuvent être valables en soi et ne doivent pas être minimisés du simple fait qu’ils sont symboliques. Le deuxième objectif est l’accroissement de la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. L’alinéa 51e) a clairement un aspect punitif et inflige un châtement. Le législateur peut légitimement concevoir les sanctions et les peines qu’il

disenfranchisement is a civil disability arising from the criminal conviction.

Section 51(e) meets the proportionality test. First, the impugned legislation is rationally connected to the objectives. While a causal relationship between disenfranchising prisoners and the objectives is not empirically demonstrable, reason, logic and common sense, as well as extensive expert evidence, support a conclusion that there is a rational connection between disenfranchising offenders incarcerated for serious crimes and the objectives of promoting civic responsibility and the rule of law and the enhancement of the general objectives of the penal sanction. With respect to the first objective, the removal of the right to vote from serious incarcerated criminals does no injury to, but rather recognizes, their dignity. Further, the disenfranchisement of serious criminal offenders serves to deliver a message to both the community and the offenders themselves that serious criminal activity will not be tolerated by the community. Society may choose to curtail temporarily the availability of the vote to serious criminals to insist that civic responsibility and respect for the rule of law, as goals worthy of pursuit, are prerequisites to democratic participation. With respect to the second objective, the disenfranchisement is carefully tailored to apply to perpetrators of serious crimes, and there is evidence in the record indicating that the denial of the right to vote is perceived as meaningful by the prisoners themselves and can therefore contribute to the rehabilitation of prisoners. Lastly, many other democracies have, by virtue of choosing some form of prisoner disenfranchisement, also identified a connection between objectives similar to those advanced in the case at bar and the means of prisoner disenfranchisement.

Second, the impairment of the *Charter* right is minimal. Minimal impairment is about analyzing the line that has been drawn. This analysis does not require the Crown to have adopted the absolutely least intrusive means for promoting the purpose, although it does require that the Crown prefer a significantly less intrusive means if it is of equal effectiveness. Here, no less intrusive measure would be equally effective. Only “serious offenders”, as determined by Parliament, are subject to disenfranchisement. Since Parliament has drawn a two-year cut off line which identifies which incarcerated offenders have committed serious enough crimes to warrant being deprived of the vote, any alternative line will not be of equal effectiveness. Equal effectiveness is a dimension of the analysis that should not be underemphasized, as

convient d’infliger aux auteurs d’actes criminels graves. L’incapacité à voter est une incapacité civile découlant de la déclaration de culpabilité.

L’alinéa 51e) satisfait au critère de la proportionnalité. Premièrement, il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et les objectifs. Bien que l’existence d’un lien causal entre l’incapacité des détenus à voter et les objectifs ne puisse être démontrée de façon empirique, la raison, la logique et le bon sens, ainsi que d’abondants témoignages d’experts, permettent de conclure qu’il y a un lien rationnel entre l’incapacité à voter des personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves et les objectifs de promouvoir la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. En ce qui concerne le premier objectif, le retrait du droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves ne porte pas atteinte à leur dignité, mais la reconnaît. De plus, le retrait du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves sert à transmettre à la collectivité et aux contrevenants eux-mêmes le message que la collectivité ne tolérera pas la perpétration d’infractions graves. La société peut donc suspendre temporairement le droit de vote des auteurs d’actes criminels graves pour affirmer que la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, en tant qu’objectifs légitimes, sont des conditions préalables à la participation démocratique. Pour ce qui est du deuxième objectif, la privation du droit de vote a été soigneusement adaptée de manière à ne viser que les personnes qui ont commis un acte criminel grave, et il ressort du dossier que la privation du droit de vote est perçue comme significative par les prisonniers eux-mêmes et peut donc contribuer à leur réadaptation. Enfin, de nombreuses autres démocraties, en optant pour une forme ou une autre d’incapacité des prisonniers à voter, ont également conclu à l’existence d’un lien entre des objectifs semblables à ceux avancés en l’espèce et les moyens retenus pour exclure les détenus de l’électorat.

Deuxièmement, l’atteinte au droit garanti par la *Charte* est minimale. Il s’agit d’examiner la limite qui a été tracée. L’État n’est pas tenu d’adopter le moyen le moins attentatoire qui soit pour favoriser la réalisation des objectifs. Cependant, à efficacité égale, il doit privilégier le moyen sensiblement moins attentatoire. En l’espèce, aucune mesure moins attentatoire ne serait tout aussi efficace. Seuls les « auteurs d’actes criminels graves », définis par le législateur, sont inhabiles à voter. Comme le législateur a fixé la limite de deux ans pour déterminer quels contrevenants incarcérés ont commis des actes criminels suffisamment graves pour justifier la perte du droit de vote, aucune autre ligne de démarcation ne pourrait avoir la même efficacité. L’égalité sur le plan de l’efficacité est une dimension de l’analyse qui

it relates directly to Parliament's ability to pursue its legitimate objectives effectively. Any other line insisted upon amounts to second-guessing Parliament as to what constitutes a "serious" crime. The provision is reasonably tailored insofar as disenfranchisement reflects the length of the sentence and actual incarceration, which, in turn, reflect the seriousness of the crime perpetrated and the intended progress towards the ultimate goals of rehabilitation and reintegration. Section 51(e) is not arbitrary: it is related directly to particular categories of conduct. The two-year cut off line also reflects several practical considerations. Further, since this Court gave the impression that it was up to Parliament to do exactly this after the first *Sauvé* case was heard in 1993, there is a need for deference to Parliament in its drawing of a line. The analysis of social and political philosophies and the accommodation of values in the context of the *Charter* must be sensitive to the fact that there may be many possible reasonable and rational balances. Line drawing, amongst a range of acceptable alternatives, is for Parliament, especially in this case where any alternate line would not be equally effective, in that the line drawn reflects Parliament's identification of what amounts to serious criminal activity.

Third, when the objectives and the salutary effects are viewed in the totality of the context, they outweigh the temporary disenfranchisement of the serious criminal offender. The enactment of the measure is itself a salutary effect. The legislation intrinsically expresses societal values in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. Value emerges from the signal or message that those who commit serious crimes will temporarily lose one aspect of the political equality of citizens. Furthermore, the temporary disenfranchisement is perceived as meaningful by the offenders themselves and could have an ongoing positive rehabilitative effect. The most obvious deleterious effect of s. 51(e) is the potential temporary loss of the vote. This, however, must be considered in light of Parliament's objectives, as illuminated by the totality of the context. The statistical data mentioned by the Federal Court of Appeal indicate that the provision catches serious and repeat offenders and that most prisoners will only be deprived of participation in one election. Because the duration of the disenfranchisement is directly related to the duration of incarceration, a serious criminal offender may never actually be denied the opportunity to vote if there is no election during the time he is incarcerated. In light of the special context of this case — that the justification advanced by Parliament is rooted in a social or political philosophy that is not susceptible to proof in the traditional sense — deference

ne doit pas être sous-estimée, en ce qu'elle se rattache directement au pouvoir du législateur de poursuivre efficacement ses objectifs légitimes. Toute autre ligne de démarcation préconisée équivaut à évaluer après coup le choix du législateur quant à savoir ce qu'est un acte criminel « grave ». La disposition est raisonnablement bien adaptée en ce que l'inhabilité reflète la durée de la peine et de l'incarcération réelle, qui elle reflète la gravité du crime commis et la progression prévisible vers la réalisation des objectifs ultimes que sont la réadaptation et la réinsertion sociale. L'alinéa 51e) n'est pas arbitraire : il se rattache directement à des catégories de comportement en particulier. La limite de deux ans s'appuie également sur des considérations d'ordre pratique. Par ailleurs, étant donné que la Cour a donné l'impression qu'il appartenait au législateur de précisément tracer la limite, après l'audition de la première affaire *Sauvé* en 1993, il est nécessaire de respecter la limite qu'il a fixée. L'analyse de philosophies sociales ou politiques et la conciliation de valeurs dans le contexte de l'application de la *Charte* doivent tenir compte du fait que de nombreux dosages raisonnables et rationnels sont possibles. C'est au législateur de choisir une limite parmi différentes alternatives acceptables, surtout qu'en l'espèce toute autre limite ne serait pas aussi efficace, étant donné que celle fixée par le législateur correspond à ce qui, selon lui, constitue une activité criminelle grave.

Troisièmement, considérés dans leur contexte global, les objectifs et les effets bénéfiques l'emportent sur l'inhabilité temporaire à voter de l'auteur d'un acte criminel grave. L'adoption de cette mesure est bénéfique en soi. La loi, intrinsèquement, exprime des valeurs sociales à l'égard du comportement criminel grave et du droit de vote dans la société. Une valeur se dégage du message : ceux qui commettent des actes criminels graves seront temporairement privés d'une facette de l'égalité politique des citoyens. De plus, l'inhabilité temporaire à voter est perçue comme significative par les contrevenants eux-mêmes et pourrait avoir un effet positif permanent sur le plan de la réadaptation. L'effet le plus clairement préjudiciable de l'al. 51e) est la perte temporaire possible du droit de vote. Ce préjudice doit cependant être apprécié d'après les objectifs du législateur et le contexte dans son ensemble. Selon les données statistiques mentionnées par la Cour d'appel fédérale, cette disposition ne vise que les auteurs d'infractions graves et les récidivistes et la plupart des détenus ne seront privés du droit de vote qu'à un seul scrutin. Étant donné que la durée de l'inhabilité est directement liée à celle de l'incarcération, il est en fait possible qu'un détenu ayant perpétré un acte criminel grave ne soit jamais privé du droit de vote dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'élections au cours de cette période. Vu le contexte particulier de la présente espèce, où la justification avancée par le législateur trouve sa

is appropriate since the impugned provision raises questions of penal philosophy and policy.

Section 51(e) does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. Even if it were presumed that the legislation draws a distinction based on personal characteristics, prisoners do not constitute a group protected by analogous or enumerated grounds under s. 15(1). The fact of being incarcerated does not arise because of a stereotypical application of a presumed group characteristic. The status of being a prisoner is brought about by the past commission of serious criminal offences, acts committed by the individual himself or herself. The unifying group characteristic is past criminal behaviour. The argument that imprisonment should be recognized as an analogous ground because of adverse effect or impact discrimination based on the fact that Aboriginal peoples make up a “disproportionate” percentage of prisoners must be rejected. It is not plausible to say that the temporary disenfranchisement provision is in some way targeted at Aboriginal people. The fact of incarceration does not necessarily arise due to any personal attribute such as race or ethnic origin and neither does it necessarily relate to social condition. It hinges only upon the commission of serious criminal offences.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, aff’g (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622; *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628; *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

By Gonthier J. (dissenting)

Sauvé v. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, rev’d (1992), 7 O.R. (3d) 481, aff’d [1993] 2

source dans une philosophie sociale ou politique non susceptible d’être étayée par une preuve au sens où on l’entend habituellement, il convient de faire preuve de retenue parce que la disposition contestée soulève des questions de philosophie et de politique pénales.

L’alinéa 51e) ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Même si l’on suppose que la loi établit une distinction d’après des caractéristiques personnelles, les prisonniers ne forment pas un groupe protégé par un motif analogue ou un motif énuméré au par. 15(1). L’incarcération ne résulte pas de l’application stéréotypée d’une présumée caractéristique de groupe. Le fait d’être détenu est imputable à la perpétration d’un acte criminel grave, acte que l’intéressé a perpétré lui-même. La caractéristique commune aux membres du groupe est l’activité criminelle antérieure. L’argument voulant que l’emprisonnement devrait être reconnu à titre de motif analogue en raison de son effet préjudiciable ou de la discrimination qui en résulte indirectement du fait que les Autochtones constituent un pourcentage « disproportionné » des prisonniers doit être rejeté. Il n’est pas plausible de dire que la disposition sur l’incapacité temporaire à voter vise de quelque manière les Autochtones. L’incarcération n’est pas nécessairement attribuable à une caractéristique personnelle, comme la race ou l’origine ethnique, ni liée nécessairement à la condition sociale. Elle découle strictement de la perpétration d’un acte criminel grave.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, conf. (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622; *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628; *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Sauvé c. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, inf. par (1992), 7 O.R. (3d) 481, conf. par

S.C.R. 438; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould v. Canada (Attorney General)*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff'g [1984] 1 F.C. 1133, rev'g [1984] 1 F.C. 1119; *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287; *Badger v. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, aff'd (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, rev'd (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151, aff'd [1992] 2 F.C. 440, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Pearson v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt v. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. v. Netherlands*, Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87; *H. v. Netherlands*, Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland v. Ireland*, Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15; Eur. Court. H. R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Luxton*, [1990]

[1993] 2 R.C.S. 438; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould c. Canada (Procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133, inf. [1984] 1 C.F. 1119; *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287; *Badger c. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, conf. par (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger c. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, inf. par (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151, conf. par [1992] 2 C.F. 440, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Pearson c. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Driskell c. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt c. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. c. Pays-Bas*, requête n° 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87; *H. c. Pays-Bas*, requête n° 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland c. Irlande*, requête n° 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15; Cour. eur. D. H., *Affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S.

2 S.C.R. 711; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55; *McKinnon v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168, leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. xii; *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1999), 163 F.T.R. 1, aff'd (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, rev'g [1990] 2 F.C. 299; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 51(e) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 23(2)], 51.1 [ad. *idem*, s. 24].
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 4(c).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1, 743.1, 743.6.
Election Act, R.S.A. 2000, c. E-1, s. 45(c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b).
Election Act, R.S.Q., c. E-3.3, s. 273.
Election Act, S.P.E.I. 1996, c. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, c. E-6.01, s. 17.
Election Statute Law Amendment Act, 1998, S.O. 1998, c. 9, s. 13.
Elections Act, R.S.M. 1987, c. E30, s. 31 [rep. & sub. 1998, c. 4, s. 21].
Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 43(2)(e).
Elections Act, R.S.N.S. 1989, c. 140, s. 29(d) [am. 2001, c. 43, s. 13].
Elections Act, R.S.N.W.T. 1988, c. E-2, s. 27(3) [am. 1995, c. 14, s. 6].
Elections Act, R.S.Y. 1986, c. 48, s. 5(d).
Elections Act, 1991, S.N. 1992, c. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (U.K.), 1978, c. 10, Sch. 1, s. 2(1).
Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 25.
Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Eur. T.S. No. 9, Art. 3.
Representation of the People Act 1983 (U.K.), 1983, c. 2, s. 3(1) [am. 1985, c. 50, Sch. 4, s. 1; am. 2000, c. 2, s. 2].

711; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55; *McKinnon c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)* (1999), 163 F.T.R. 1, conf. par (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 CAF 154; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, inf. [1990] 2 C.F. 299; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2e), 742.1, 743.1, 743.6.
Constitution des États-Unis, article 1, Quatorzième amendement, Quinzième amendement, Dix-septième amendement, Dix-neuvième amendement, Vingt-quatrième amendement et Vingt-sixième amendement.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221.
Election Act, R.S.A. 2000, ch. E-1, art. 45c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 30b).
Election Act, S.P.E.I. 1996, ch. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, ch. E-6.01, art. 17.
Elections Act, R.S.N.S. 1989, ch. 140, art. 29d) [mod. 2001, ch. 43, art. 13].
Elections Act, 1991, S.N. 1992, ch. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 10, ann. 1, art. 2(1).
Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, ch. 42.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1998 modifiant des lois en ce qui concerne les élections, L.O. 1998, ch. 9, art. 13.
Loi électorale, L.R.M. 1987, ch. E30, art. 31 [rempl. 1998, ch. 4, art. 21].
Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 43(2)e).
Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 273.
Loi électorale, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-2, art. 27(3) [mod. 1995, ch. 14, art. 6].
Loi électorale, L.R.Y. 1986, ch. 48, art. 5d).
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 4c).
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 23(2)], 51.1 [aj. *idem*, art. 24].
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 25.

United States Constitution, Article 1, Fourteenth Amendment, Fifteenth Amendment, Seventeenth Amendment, Nineteenth Amendment, Twenty-Fourth Amendment, Twenty-Sixth Amendment.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XIV, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, pp. 18015-021.
- Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Final Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing — Reforming Electoral Democracy*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.
- Canada. Senate and House of Commons. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, 1st Sess., 32nd Parl., January 22, 1981, pp. 43:79-43:90.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, “moral”.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- George, Robert P. *Making Men Moral*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Grimm, Dieter. “Human Rights and Judicial Review in Germany”, in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.
- Hampton, Jean. “Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law” (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications, 1997.
- Mill, John Stuart. “Thoughts on Parliamentary Reform”, in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977, 311.
- Penal Reform International. *Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice*. The Hague: Penal Reform International, 1995.
- Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.
- Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, S.T.E. n° 9, art. 3.
- Representation of the People Act 1983* (R.-U.), 1983, ch. 2, art. 3(1) [mod. 1985, ch. 50, ann. 4, art. 1; mod. 2000, ch. 2, art. 2].

Doctrine citée

- Association internationale de réforme pénale. *Pratique de la prison : Du bon usage des règles pénitentiaires internationales*. Paris : L’Association, 1997.
- Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Rapport final de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis — Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.
- Canada Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 3^e sess., 34^e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 43, 1^{re} sess., 32^e lég., 22 janvier 1981, p. 43:79-43:90.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Harvard University Press, 1977.
- George, Robert P. *Making Men Moral*. Oxford : Clarendon Press, 1993.
- Grimm, Dieter. « Human Rights and Judicial Review in Germany », in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective*. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.
- Hampton, Jean. « Punishment, Feminism, and Political Identity : A Case Study in the Expressive Meaning of the Law » (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto : Emond Montgomery Publications, 1997.
- Mill, John Stuart. « Thoughts on Parliamentary Reform », in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto : University of Toronto Press, 1977, 311.
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l’homme au titre du paragraphe 4 de l’article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996.

Tribe, Laurence H. “The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and ‘The Purity of the Ballot Box’” (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

United Nations. Human Rights Committee. “General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights”, General Comment No. 25 (57), Annex V, CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 7, August 27, 1996.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 2 F.C. 117, 180 D.L.R. (4th) 385, 248 N.R. 267, 29 C.R. (5th) 242, 69 C.R.R. (2d) 106, [1999] F.C.J. No. 1577 (QL), allowing the respondents’ appeal and dismissing the appellants’ cross-appeal from a decision of the Trial Division, [1996] 1 F.C. 857, 106 F.T.R. 241, 132 D.L.R. (4th) 136, [1995] F.C.J. No. 1735 (QL). Appeal allowed, L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting.

Fergus J. O’Connor, for the appellant Richard Sauvé.

Arne Peltz, for the appellants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw.

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

Thomas W. Wakeling and *Gerald D. Chipeur*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Heather S. Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Allan Manson and *Elizabeth Thomas*, for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada.

John W. Conroy, Q.C., for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Kent Roach and *Brian Eyolfson*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Sylvain Lussier, for the intervener the Canadian Bar Association.

Nouveau Petit Robert. Paris, Le Robert, 2000, « moral ».

Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford : Clarendon Press, 1986.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York : Foundation Press, 1988.

Tribe, Laurence H. « The Disenfranchisement of Ex-Felons : Citizenship, Criminality, and ‘The Purity of the Ballot Box’ » (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [2000] 2 C.F. 117, 180 D.L.R. (4th) 385, 248 N.R. 267, 29 C.R. (5th) 242, 69 C.R.R. (2d) 106, [1999] A.C.F. n° 1577 (QL), qui a accueilli l’appel des intimés et rejeté l’appel incident des appelants contre une décision de la Section de première instance, [1996] 1 C.F. 857, 106 F.T.R. 241, 132 D.L.R. (4th) 136, [1995] A.C.F. n° 1735 (QL). Pourvoi accueilli, les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents.

Fergus J. O’Connor, pour l’appelant Richard Sauvé.

Arne Peltz, pour les appelants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw.

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

Thomas W. Wakeling et *Gerald D. Chipeur*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Heather S. Leonoff, c.r., pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

Allan Manson et *Elizabeth Thomas*, pour les intervenantes l’Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada.

John W. Conroy, c.r., pour l’intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Kent Roach et *Brian Eyolfson*, pour l’intervenante l’Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Sylvain Lussier, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

1

THE CHIEF JUSTICE — The right of every citizen to vote, guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, lies at the heart of Canadian democracy. The law at stake in this appeal denies the right to vote to a certain class of people — those serving sentences of two years or more in a correctional institution. The question is whether the government has established that this denial of the right to vote is allowed under s. 1 of the *Charter* as a “reasonable limi[t] . . . demonstrably justified in a free and democratic society”. I conclude that it is not. The right to vote, which lies at the heart of Canadian democracy, can only be trammled for good reason. Here, the reasons offered do not suffice.

I. Statutory Provisions

2

The predecessor to s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, prohibited all prison inmates from voting in federal elections, regardless of the length of their sentences. This section was held unconstitutional as an unjustified denial of the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter*: *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438. Parliament responded to this litigation by replacing this section with a new s. 51(e) (S.C. 1993, c. 19, s. 23), which denies the right to vote to all inmates serving sentences of two years or more. Section 51(e), which is now continued in substantially the same form at s. 4(c) of the Act (S.C. 2000, c. 9), and the relevant *Charter* provisions are set out below.

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2

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

. . .

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

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF — Le droit de vote de tout citoyen, garanti par l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, se trouve au cœur de la démocratie canadienne. La loi mise en cause dans le présent pourvoi prive du droit de vote une certaine catégorie de personnes — celles qui purgent une peine de deux ans ou plus dans un établissement correctionnel. Il s’agit de savoir si le gouvernement a établi que cette privation du droit de vote est autorisée en vertu de l’article premier de la *Charte* parce qu’elle s’inscrit « dans des limites [. . .] raisonnables [. . .] dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Je conclus que non. Il faut une bonne raison pour entraver le droit de vote, qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne. Or, les raisons présentées en l’espèce ne suffisent pas.

I. Les dispositions législatives

La version antérieure de l’al. 51(e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, interdisait à tous les détenus de voter aux élections fédérales, peu importe la durée de leur peine. Cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle parce qu’elle constituait une atteinte injustifiée au droit de vote garanti par l’art. 3 de la *Charte* : *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438. Le législateur a réagi à ce jugement en remplaçant cette disposition par un nouvel al. 51(e) (L.C. 1993, ch. 19, art. 23), qui prive du droit de vote tous les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus. L’alinéa 51(e), qui est repris essentiellement sous le même libellé à l’al. 4(c) de la Loi (L.C. 2000, ch. 9), et les dispositions pertinentes de la *Charte* sont reproduits ci-après.

Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2

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

. . .

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

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.

. . .

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

. . .

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

II. Judgments

A. *Federal Court, Trial Division*, [1996] 1 F.C. 857

The trial judge, Wetston J., held that s. 51(e) of the *Canada Elections Act* violated the *Charter* guarantee of the right to vote without being demonstrably justified, and was therefore void. Although he found that the government's objectives were pressing and substantial, he concluded that the denial of voting rights to all inmates serving a sentence of two years or longer was overbroad and failed the minimal impairment test. In addition, he found at p. 913 that denying the right to vote "hinder[ed] the rehabilitation of offenders and their successful reintegration into the community". The negative consequences of the challenged provision were thus disproportionate to any benefits it might produce.

B. *Federal Court of Appeal*, [2000] 2 F.C. 117

The majority of the Federal Court of Appeal, *per* Linden J.A., reversed the trial judge and upheld the denial of voting rights, holding that Parliament's

Charte canadienne des droits et libertés

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

. . .

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

. . .

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

II. Les jugements

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1996] 1 C.F. 857

Le juge Wetston, de la Section de première instance, statue que l'al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte au droit de vote garanti par la *Charte* sans que la justification de cette atteinte puisse se démontrer, et qu'il est donc de nul effet. Bien qu'il estime que les objectifs du gouvernement sont urgents et réels, il conclut que le retrait du droit de vote à tous les détenus purgeant une peine de deux ans ou plus a une portée trop générale et ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. De plus, il conclut que la suppression du droit de vote « nuit à la réadaptation des contrevenants et leur réinsertion sociale » (p. 913). Les conséquences négatives de la disposition contestée ne sont donc pas proportionnées aux effets bénéfiques qu'elle peut produire.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] 2 C.F. 117

Le juge Linden, qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel fédérale, infirme la conclusion du juge de première instance et confirme la privation

role in maintaining and enhancing the integrity of the electoral process and in exercising the criminal law power both warranted deference. The denial of the right to vote at issue fell within a reasonable range of alternatives open to Parliament to achieve its objectives and was not overbroad or disproportionate. Desjardins J.A., applying the “stringent formulation of the *Oakes* test”, emphasized the absence of evidence of benefits flowing from the denial and would have dismissed the appeal.

III. Issues

- 5 1. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act* infringe the guarantee of the right of all citizens to vote under s. 3 of the *Charter* and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
2. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act* infringe the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter* and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

IV. Analysis

- 6 The respondents concede that the voting restriction at issue violates s. 3 of the *Charter*. The restriction is thus invalid unless demonstrably justified under s. 1. I shall therefore proceed directly to the s. 1 analysis.

A. *The Approach to Section 1 Justification*

- 7 To justify the infringement of a *Charter* right, the government must show that the infringement achieves a constitutionally valid purpose or objective, and that the chosen means are reasonable and demonstrably justified: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This two-part inquiry — the legitimacy of the objective and the proportionality of the means — ensures that a reviewing court examine rigorously all aspects of justification. Throughout the justification process, the government bears the burden of

du droit de vote, statuant que le rôle du législateur de préserver et de rehausser l'intégrité du processus électoral ainsi que son rôle d'exercer son pouvoir en matière de droit pénal doivent bénéficier d'une certaine retenue. La privation du droit de vote en question se situe dans une gamme de mesures raisonnables auxquelles le législateur peut recourir pour atteindre ses objectifs, et cette mesure n'a pas une portée trop large pas plus qu'elle n'est disproportionnée. Le juge Desjardins, appliquant la « formulation stricte du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* », insiste sur l'absence de preuve des effets bénéfiques découlant de la privation et aurait rejeté l'appel.

III. Les questions en litige

1. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte-t-il atteinte au droit de vote que l'art. 3 de la *Charte* garantit à tous les citoyens et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?
2. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte* et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

IV. Analyse

Les intimés reconnaissent que la restriction au droit de vote en question contrevient à l'art. 3 de la *Charte*. Elle est donc invalide à moins que sa justification puisse être démontrée au regard de l'article premier. Je vais donc passer directement à l'analyse fondée sur l'article premier.

A. *L'approche en matière de justification au sens de l'article premier*

Pour justifier l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte*, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel, et que les mesures choisies sont raisonnables et leur justification peut se démontrer : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'application de ce critère à deux volets — la légitimité de l'objectif et la proportionnalité des mesures — permet au tribunal d'examen d'analyser rigoureusement tous les aspects du processus de justification. Tout au

proving a valid objective and showing that the rights violation is warranted — that is, that it is rationally connected, causes minimal impairment, and is proportionate to the benefit achieved.

My colleague Justice Gonthier proposes a deferential approach to infringement and justification. He argues that there is no reason to accord special importance to the right to vote, and that we should thus defer to Parliament's choice among a range of reasonable alternatives. He further argues that in justifying limits on the right to vote under s. 1, we owe deference to Parliament because we are dealing with “philosophical, political and social considerations”, because of the abstract and symbolic nature of the government's stated goals, and because the law at issue represents a step in a dialogue between Parliament and the courts.

I must, with respect, demur. The right to vote is fundamental to our democracy and the rule of law and cannot be lightly set aside. Limits on it require not deference, but careful examination. This is not a matter of substituting the Court's philosophical preference for that of the legislature, but of ensuring that the legislature's proffered justification is supported by logic and common sense.

The *Charter* distinguishes between two separate issues: whether a right has been infringed, and whether the limitation is justified. The complainant bears the burden of showing the infringement of a right (the first step), at which point the burden shifts to the government to justify the limit as a reasonable limit under s. 1 (the second step). These are distinct processes with different burdens. Insulating a rights restriction from scrutiny by labeling it a matter of social philosophy, as the government attempts to do, reverses the constitutionally imposed burden of justification. It removes the infringement from our radar screen, instead of enabling us to zero in on

long de ce processus, il incombe au gouvernement de prouver que l'objectif est valide et que l'atteinte portée aux droits est légitime — c'est-à-dire qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et l'atteinte, qu'il s'agit d'une atteinte minimale et que celle-ci est proportionnée aux effets bénéfiques qu'elle produit.

Mon collègue le juge Gonthier propose une approche axée sur la retenue en matière d'atteinte et de justification. Il soutient qu'il n'y a aucune raison d'accorder une importance spéciale au droit de vote et que nous devons nous en remettre au choix du législateur parmi une gamme de solutions raisonnables. Il affirme également qu'en matière de justification des restrictions au droit de vote au sens de l'article premier, nous devons faire preuve de retenue envers le législateur parce qu'il s'agit de « considérations philosophiques, politiques et sociales », parce que les objectifs poursuivis par le gouvernement sont de nature abstraite et symbolique et parce que la loi en question représente une étape du dialogue entre le législateur et les tribunaux.

Avec égards, je dois exprimer mon désaccord. Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Il s'agit ici non pas de substituer la préférence philosophique de la Cour à celle du législateur, mais de s'assurer que la justification de ce dernier est fondée sur la logique et le bon sens.

La *Charte* établit une distinction entre deux questions distinctes : celle de savoir s'il y a eu atteinte à un droit et celle de savoir si la restriction est justifiée. Le plaignant a le fardeau de prouver qu'une atteinte a été portée à un droit (première étape), après quoi il incombe au gouvernement de prouver que la restriction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier (deuxième étape). Il s'agit de deux processus distincts impliquant des fardeaux de preuve différents. Isoler de l'examen une restriction à des droits en la qualifiant de question de philosophie sociale, comme le gouvernement essaie de le faire, équivaut à renverser le fardeau

8

9

10

it to decide whether it is demonstrably justified as required by the *Charter*.

11 At the first stage, which involves defining the right, we must follow this Court's consistent view that rights shall be defined broadly and liberally: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53. A broad and purposive interpretation of the right is particularly critical in the case of the right to vote. The framers of the *Charter* signaled the special importance of this right not only by its broad, untrammelled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause. I conclude that s. 3 must be construed as it reads, and its ambit should not be limited by countervailing collective concerns, as the government appears to argue. These concerns are for the government to raise under s. 1 in justifying the limits it has imposed on the right.

12 At the s. 1 stage, the government argues that denying the right to vote to penitentiary inmates is a matter of social and political philosophy, requiring deference. Again, I cannot agree. This Court has repeatedly held that the "general claim that the infringement of a right is justified under s. 1" does not warrant deference to Parliament: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 78, *per* Iacobucci J. Section 1 does not create a presumption of constitutionality for limits on rights; rather, it requires the state to justify such limitations.

13 The core democratic rights of Canadians do not fall within a "range of acceptable alternatives" among which Parliament may pick and choose at its discretion. Deference may be appropriate on a

de la preuve imposé par la Constitution en matière de justification. Cette démarche supprime la violation de l'écran radar au lieu de nous permettre de nous y concentrer afin de décider si la justification de la violation peut se démontrer comme l'exige la *Charte*.

À la première étape, qui comporte la définition du droit, nous devons suivre l'opinion que la Cour a toujours adoptée, à savoir que les droits doivent recevoir une interprétation large et libérale : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53. Une interprétation large et fondée sur l'objet est particulièrement importante dans le cas du droit de vote. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33 (clause de dérogation). Je conclus que l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés, comme le gouvernement a l'air de soutenir. Il appartient à celui-ci de soulever la question de ces intérêts lorsque vient le temps de justifier, dans le cadre de l'article premier, les limites qu'il a imposées au droit.

À l'étape de l'article premier, le gouvernement affirme que le fait de priver les détenus du droit de vote est une question de philosophie sociale et politique, qui appelle la retenue. Là encore, je ne suis pas d'accord. La Cour a conclu à maintes reprises que « la proposition générale selon laquelle l'atteinte à un droit est justifiée par l'article premier » n'est pas une raison pour faire preuve de retenue à l'endroit du législateur : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78, le juge Iacobucci. L'article premier n'établit pas une présomption de constitutionnalité des limites imposées aux droits; il exige plutôt que l'État justifie ces limites.

Les droits démocratiques fondamentaux des Canadiens ne constituent pas « une gamme de solutions acceptables » parmi lesquelles le législateur peut choisir à son gré. La retenue peut se

decision involving competing social and political policies. It is not appropriate, however, on a decision to limit fundamental rights. This case is not merely a competition between competing social philosophies. It represents a conflict between the right of citizens to vote — one of the most fundamental rights guaranteed by the *Charter* — and Parliament's denial of that right. Public debate on an issue does not transform it into a matter of "social philosophy", shielding it from full judicial scrutiny. It is for the courts, unaffected by the shifting winds of public opinion and electoral interests, to safeguard the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter*.

Charter rights are not a matter of privilege or merit, but a function of membership in the Canadian polity that cannot lightly be cast aside. This is manifestly true of the right to vote, the cornerstone of democracy, exempt from the incursion permitted on other rights through s. 33 override. Thus, courts considering denials of voting rights have applied a stringent justification standard: *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.) ("*Sauvé No. 1*"), and *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440 (C.A.).

The *Charter* charges courts with upholding and maintaining an inclusive, participatory democratic framework within which citizens can explore and pursue different conceptions of the good. While a posture of judicial deference to legislative decisions about social policy may be appropriate in some cases, the legislation at issue does not fall into this category. To the contrary, it is precisely when legislative choices threaten to undermine the foundations of the participatory democracy guaranteed by the *Charter* that courts must be vigilant in fulfilling their constitutional duty to protect the integrity of this system.

révéler appropriée à l'égard d'une décision impliquant des principes opposés en matière politique et sociale. Elle ne l'est pas, cependant, à l'égard d'une décision ayant pour effet de limiter des droits fondamentaux. En l'espèce, il s'agit non pas simplement d'une concurrence entre des philosophies sociales opposées, mais d'un conflit entre le droit de vote des citoyens — un des droits les plus fondamentaux garantis par la *Charte* — et la suppression de ce droit par le législateur. Le débat public sur une question ne la transforme pas en une question de « philosophie sociale », la soustrayant ainsi à un examen judiciaire complet. Il appartient aux tribunaux, insensibles aux revirements de l'opinion publique et aux intérêts électoraux, de protéger le droit de vote garanti par l'art. 3 de la *Charte*.

Les droits garantis par la *Charte* ne sont pas une question de privilège ou de mérite, mais une question d'appartenance à la société canadienne qui ne peut être écartée à la légère. Cela est particulièrement vrai du droit de vote, pierre angulaire de la démocratie, qui, contrairement à d'autres droits, ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33. Les tribunaux ont donc appliqué une norme stricte en matière de justification lorsqu'ils ont eu à examiner des questions de privation du droit de vote : *Sauvé c. Canada (Procureur général)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.) (« *Sauvé n° 1* »), et *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440 (C.A.).

De par la *Charte*, les tribunaux sont chargés de veiller à la défense et au maintien d'un cadre démocratique universel et participatif au sein duquel les citoyens peuvent explorer et adopter différentes conceptions du bien. Bien qu'une attitude de retenue judiciaire à l'égard des décisions du législateur en matière de politique sociale puisse être appropriée dans certains cas, la loi en cause n'entre pas dans cette catégorie. Au contraire, c'est justement lorsque les choix du législateur risquent de saper les fondements de la démocratie participative défendue par la *Charte* que les tribunaux doivent se montrer vigilants dans l'accomplissement de leur obligation constitutionnelle de protéger l'intégrité de ce système.

14

15

- 16 Nor can I concur in the argument that the philosophically based or symbolic nature of the government's objectives in itself commands deference. To the contrary, this Court has held that broad, symbolic objectives are problematic, as I discuss below: see *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 59, *per* Cory J.; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87, *per* Bastarache J.; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 143-44, *per* McLachlin J. (as she then was). Parliament cannot use lofty objectives to shield legislation from *Charter* scrutiny. Section 1 requires valid objectives and proportionality.
- 17 Finally, the fact that the challenged denial of the right to vote followed judicial rejection of an even more comprehensive denial, does not mean that the Court should defer to Parliament as part of a "dialogue". Parliament must ensure that whatever law it passes, at whatever stage of the process, conforms to the Constitution. The healthy and important promotion of a dialogue between the legislature and the courts should not be debased to a rule of "if at first you don't succeed, try, try again".
- 18 While deference to the legislature is not appropriate in this case, legislative justification does not require empirical proof in a scientific sense. While some matters can be proved with empirical or mathematical precision, others, involving philosophical, political and social considerations, cannot. In this case, it is enough that the justification be convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has: see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, *per* McLachlin J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-3, *per* Sopinka J. What is required is "rational, reasoned defensibility": *RJR-MacDonald*, at para. 127. Common sense and inferential reasoning may supplement the evidence: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R.
- Je ne peux pas souscrire non plus à l'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue. Au contraire, la Cour a statué que des objectifs généraux et symboliques sont problématiques, comme je vais l'expliquer plus loin : voir *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 59, le juge Cory; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87, le juge Bastarache; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 143-144, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la *Charte*. L'article premier exige des objectifs valides et la proportionnalité.
- Enfin, le fait que la privation litigieuse du droit de vote survienne après le rejet par les tribunaux d'une privation encore plus générale ne signifie pas que la Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard du législateur dans le cadre d'un « dialogue ». Le législateur doit veiller à ce que toute loi qu'il édicte, à toute étape du processus, soit conforme à la Constitution. La promotion saine et importante d'un dialogue entre le législateur et les tribunaux ne devrait pas se réduire à la règle qui porte que « si vous ne réussissez pas la première fois, essayez, et essayez encore ».
- Bien que la retenue à l'égard du législateur ne soit pas appropriée en l'espèce, la justification d'une loi ne requiert pas une preuve empirique au sens scientifique du terme. Alors que certaines propositions peuvent être démontrées de façon empirique ou avec une précision mathématique, d'autres, qui impliquent des considérations philosophiques, politiques et sociales, ne peuvent l'être. Dans ce cas, il suffit que la justification soit convaincante, c'est-à-dire qu'il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question : voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 154, le juge McLachlin; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 502-503, le juge Sopinka. Ce qui est requis, c'est une « défense rationnelle et raisonnée » :

45, 2001 SCC 2, at para. 78, *per* McLachlin C.J. However, one must be wary of stereotypes cloaked as common sense, and of substituting deference for the reasoned demonstration required by s. 1.

Keeping in mind these basic principles of *Charter* review, I approach the familiar stages of the *Oakes* test. I conclude that the government's stated objectives of promoting civic responsibility and respect for the law and imposing appropriate punishment, while problematically vague, are capable in principle of justifying limitations on *Charter* rights. However, the government fails to establish proportionality, principally for want of a rational connection between denying the vote to penitentiary inmates and its stated goals.

B. *The Government's Objectives*

The objectives' analysis entails a two-step inquiry. First, we must ask what the objectives are of denying penitentiary inmates the right to vote. This involves interpretation and construction, and calls for a contextual approach: *Thomson Newspapers, supra*, at para. 87. Second, we must evaluate whether the objectives as found are capable of justifying limitations on *Charter* rights. The objectives must not be "trivial", and they must not be "discordant with the principles integral to a free and democratic society": *Oakes, supra*, at p. 138. To borrow from the language of German constitutional law, there must be a constitutionally valid reason for infringing a right: see D. Grimm, "Human Rights and Judicial Review in Germany", in D. M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994), 267, at p. 275. Because s. 1 serves first and foremost to protect rights, the range of constitutionally valid objectives is not unlimited. For example, the protection of competing rights might be a valid objective. However, a simple majoritarian political

RJR-MacDonald, par. 127. La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 78, le juge en chef McLachlin. Cependant, il faut se méfier des stéréotypes qui revêtent les apparences du bon sens et se garder de substituer la retenue à la démonstration raisonnée requise par l'article premier.

En gardant à l'esprit ces principes de base de l'examen fondé sur la *Charte*, j'aborde maintenant les étapes bien connues du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Je conclus que les objectifs déclarés par le gouvernement, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et infliger une peine appropriée, bien qu'ils soient trop généraux, peuvent, en principe, justifier des restrictions à des droits garantis par la *Charte*. Cependant, le gouvernement n'a pas réussi à établir la proportionnalité, principalement en ce qui concerne la nécessité d'un lien rationnel entre le retrait du droit de vote aux détenus et ses buts déclarés.

B. *Les objectifs du gouvernement*

L'analyse des objectifs comporte deux étapes. Premièrement, il faut définir les objectifs visés par la suppression du droit de vote des détenus. Cela suppose un exercice d'interprétation et nécessite une approche contextuelle : *Thomson Newspapers, précité*, par. 87. Deuxièmement, il faut déterminer si les objectifs ainsi définis sont de nature à justifier des restrictions à des droits garantis par la *Charte*. Les objectifs ne doivent pas être « peu importants » ou « contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique » : *Oakes, précité*, p. 138. Pour citer un principe de droit constitutionnel allemand, mentionnons que la restriction d'un droit doit se fonder sur un motif valide du point de vue constitutionnel : voir D. Grimm, « Human Rights and Judicial Review in Germany », dans D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective* (1994), 267, p. 275. Étant donné que l'article premier sert avant tout à protéger des droits, la gamme d'objectifs constitutionnellement valides n'est pas illimitée. Par exemple, la protection de droits

preference for abolishing a right altogether would not be a constitutionally valid objective.

21

Section 51(e) denying penitentiary inmates the right to vote was not directed at a specific problem or concern. Prisoners have long voted, here and abroad, in a variety of situations without apparent adverse effects to the political process, the prison population, or society as a whole. In the absence of a specific problem, the government asserts two broad objectives as the reason for this denial of the right to vote: (1) to enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and (2) to provide additional punishment, or “enhanc[e] the general purposes of the criminal sanction”. The record leaves in doubt how much these goals actually motivated Parliament; the Parliamentary debates offer more fulmination than illumination. However, on the basis of “some glimmer of light”, the trial judge at p. 878 concluded that they could be advanced as objectives of the denial. I am content to proceed on this basis.

22

This leaves the question of whether the objectives of enhancing respect for law and appropriate punishment are constitutionally valid and sufficiently significant to warrant a rights violation. Vague and symbolic objectives such as these almost guarantee a positive answer to this question. Who can argue that respect for the law is not pressing? Who can argue that proper sentences are not important? Who can argue that either of these goals, taken at face value, contradicts democratic principles? However, precisely because they leave so little room for argument, vague and symbolic objectives make the justification analysis more difficult. Their terms carry many meanings, yet tell us little about why the limitation on the right is necessary, and what it is expected to achieve in concrete terms. The broader and more abstract the objective, the more susceptible it is to different meanings in different contexts, and hence to distortion and manipulation. One

opposés peut être un objectif valide. Toutefois, le seul fait que la majorité exprime politiquement sa préférence pour l’abolition totale d’un droit ne constituerait pas un objectif valide sur le plan constitutionnel.

Le retrait du droit de vote aux détenus prévu par l’al. 51e) ne vise aucun problème ou aucune préoccupation spécifique. Les prisonniers ont voté pendant longtemps, ici et à l’étranger, dans diverses situations, sans que des effets préjudiciables apparents aient été causés au processus politique, à la population carcérale ou à la société dans son ensemble. Vu l’absence de problème spécifique, le gouvernement invoque deux objectifs généraux pour justifier cette privation du droit de vote : (1) accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit; et (2) infliger une sanction supplémentaire, ou [TRADUCTION] « faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale ». Le dossier n’indique pas clairement dans quelle mesure ces buts ont réellement motivé le législateur; les débats parlementaires proposent plus d’altercations que d’explications. Cependant, en se fondant sur « quelques éléments de réponse », le juge de première instance a conclu que ces objectifs pouvaient être invoqués pour justifier la privation (p. 878). Je me contenterai de procéder sur cette base.

Il reste à déterminer si l’objectif d’accroître le respect de la règle de droit et celui d’infliger une sanction appropriée sont valides du point de vue constitutionnel et suffisamment importants pour justifier une atteinte à des droits. Des objectifs généraux et symboliques comme ceux-là garantissent presque une réponse affirmative à cette question. Qui peut soutenir que le respect de la règle de droit n’a pas un caractère urgent? Qui peut prétendre qu’il n’est pas important d’infliger une peine appropriée? Qui peut affirmer que l’un ou l’autre de ces buts, en soi, est contraire à des principes démocratiques? Cependant, c’est précisément parce qu’ils laissent si peu place à la contestation que les objectifs généraux et symboliques rendent l’analyse de la question de la justification plus difficile. Les termes qui les traduisent comportent plusieurs sens, mais ne nous éclairent pas vraiment sur la raison qui rend la restriction du droit nécessaire et sur ce que l’on espère

articulation of the objective might inflate the importance of the objective; another might make the legislative measure appear more narrowly tailored. The Court is left to sort the matter out.

At the end of the day, people should not be left guessing about why their *Charter* rights have been infringed. Demonstrable justification requires that the objective clearly reveal the harm that the government hopes to remedy, and that this objective remain constant throughout the justification process. As this Court has stated, the objective “must be accurately and precisely defined so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and to assess the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective”: *per* Cory J. in *U.F.C.W., Local 1518, supra*, at para. 59; see also *Thomson Newspapers, supra*, at para. 96; *RJR-MacDonald, supra*, at para. 144. A court faced with vague objectives may well conclude, as did Arbour J.A. (as she then was) in *Sauvé No. 1, supra*, at p. 487, that “the highly symbolic and abstract nature of th[e] objective . . . detracts from its importance as a justification for the violation of a constitutionally protected right”. If Parliament can infringe a crucial right such as the right to vote simply by offering symbolic and abstract reasons, judicial review either becomes vacuously constrained or reduces to a contest of “our symbols are better than your symbols”. Neither outcome is compatible with the vigorous justification analysis required by the *Charter*.

The rhetorical nature of the government objectives advanced in this case renders them suspect. The first objective, enhancing civic responsibility and respect for the law, could be asserted of virtually every criminal law and many non-criminal measures. Respect for law is undeniably important.

accomplir concrètement. Plus les objectifs sont généraux et abstraits, plus ils risquent de prendre des sens différents selon les contextes et, par conséquent, de subir une déformation ou de faire l’objet d’une manipulation. Telle formulation de l’objectif peut en exagérer l’importance, alors que telle autre peut donner l’impression que la mesure législative a été conçue de façon plus stricte. C’est à la Cour qu’il revient de trancher la question.

En définitive, les gens ne devraient pas avoir à se demander pourquoi des droits qui leur sont garantis par la *Charte* ont été violés. Pour qu’une justification puisse se démontrer, l’objectif doit révéler clairement le préjudice que le gouvernement entend réparer, et cet objectif doit demeurer le même tout au long du processus de justification. Comme la Cour l’a affirmé, l’objectif « doit être défini avec exactitude et précision, de manière à établir un cadre qui permet d’en apprécier l’importance et d’évaluer la précision avec laquelle les moyens nécessaires à sa réalisation ont été élaborés » : le juge Cory dans *T.U.A.C., section locale 1518*, précité, par. 59; voir également *Thomson Newspapers*, précité, par. 96; *RJR-MacDonald*, précité, par. 144. Le tribunal appelé à se prononcer sur des objectifs généraux peut très bien conclure, comme l’a fait le juge Arbour (maintenant juge de notre Cour) dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487, que [TRADUCTION] « le caractère hautement symbolique et abstrait de [l’]objectif [. . .] en réduit l’importance en matière de justification de la violation d’un droit protégé par la Constitution ». Si le législateur peut porter atteinte à un droit aussi important que le droit de vote simplement en invoquant des motifs symboliques et abstraits, alors l’examen judiciaire devient ridiculement entravé ou se réduit à un concours où les concurrents prétendent que « nos symboles sont meilleurs que vos symboles ». Ni l’un ni l’autre de ces résultats n’est compatible avec l’analyse rigoureuse exigée par la *Charte* en matière de justification.

Le caractère rhétorique des objectifs que fait valoir le gouvernement en l’espèce les rend suspects. Le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, pourrait être invoqué à l’égard de presque toutes les lois criminelles et de nombreuses mesures non

But the simple statement of this value lacks the context necessary to assist us in determining whether the infringement at issue is demonstrably justifiable in a free and democratic society. To establish justification, one needs to know what problem the government is targeting, and why it is so pressing and important that it warrants limiting a *Charter* right. Without this, it is difficult if not impossible to weigh whether the infringement of the right is justifiable or proportionate.

25 The second objective — to impose additional punishment on people serving penitentiary sentences — is less vague than the first. Still, problems with vagueness remain. The record does not disclose precisely why Parliament felt that more punishment was required for this particular class of prisoner, or what additional objectives Parliament hoped to achieve by this punishment that were not accomplished by the sentences already imposed. This makes it difficult to assess whether the objective is important enough to justify an additional rights infringement.

26 Quite simply, the government has failed to identify particular problems that require denying the right to vote, making it hard to say that the denial is directed at a pressing and substantial purpose. Nevertheless, despite the abstract nature of the government's objectives and the rather thin basis upon which they rest, prudence suggests that we proceed to the proportionality analysis, rather than dismissing the government's objectives outright. The proportionality inquiry allows us to determine whether the government's asserted objectives are in fact capable of justifying its denial of the right to vote. At that stage, as we shall see, the difficulties inherent in the government's stated objectives become manifest.

C. *Proportionality*

27 At this stage the government must show that the denial of the right to vote will promote the asserted objectives (the rational connection test); that the denial does not go further than reasonably necessary to achieve its objectives (the minimal impairment

criminelles. Il est indéniable que le respect de la règle de droit est important. Mais le simple énoncé de ce principe ne fournit pas le contexte nécessaire pour nous permettre de déterminer si la justification de l'atteinte en question peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour démontrer une justification, il faut savoir quel problème vise le gouvernement et en quoi ce problème est si urgent et important qu'il justifie la restriction d'un droit garanti par la *Charte*. Sinon, il est difficile, voire impossible, de décider si l'atteinte portée au droit est justifiable ou proportionnée.

Le deuxième objectif — infliger une sanction supplémentaire aux personnes purgeant une peine d'emprisonnement — est moins général que le premier. Cependant, les problèmes d'imprécision demeurent. Le dossier n'indique pas précisément pourquoi le législateur a estimé qu'il fallait infliger une sanction supplémentaire à cette catégorie de prisonniers en particulier, ni quels objectifs, autres que ceux réalisés par les peines déjà prévues, le législateur espérait ainsi atteindre. Il devient donc difficile de déterminer si l'objectif est suffisamment important pour justifier une atteinte supplémentaire.

Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de dire si celle-ci vise un but urgent et réel. Toutefois, malgré la nature abstraite des objectifs gouvernementaux et le fondement fragile sur lequel ils reposent, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs. L'analyse de la proportionnalité nous permet de déterminer si les objectifs gouvernementaux invoqués peuvent en fait justifier la privation du droit de vote. À cette étape, comme nous le verrons, la faiblesse inhérente à ces objectifs devient manifeste.

C. *La proportionnalité*

À cette étape-ci, le gouvernement doit démontrer que la privation du droit de vote favorisera la réalisation des objectifs invoqués (critère du lien rationnel), qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire à la réalisation de ses objectifs

test); and that the overall benefits of the measure outweigh its negative impact (the proportionate effect test). As will be seen, the vagueness of the government's justificatory goals coupled with the centrality of the right to vote to Canadian democracy, the rule of law, and legitimate sentencing, make the government's task difficult indeed.

1. Rational Connection

Will denying the right to vote to penitentiary inmates enhance respect for the law and impose legitimate punishment? The government must show that this is likely, either by evidence or in reason and logic: *RJR-MacDonald, supra*, at para. 153.

The government advances three theories to demonstrate rational connection between its limitation and the objective of enhancing respect for law. First, it submits that depriving penitentiary inmates of the vote sends an "educative message" about the importance of respect for the law to inmates and to the citizenry at large. Second, it asserts that allowing penitentiary inmates to vote "demeans" the political system. Finally, it takes the position that disenfranchisement is a legitimate form of punishment, regardless of the specific nature of the offence or the circumstances of the individual offender. In my respectful view, none of these claims succeed.

The first asserted connector with enhancing respect for the law is the "educative message" or "moral statement" theory. The problem here, quite simply, is that denying penitentiary inmates the right to vote is bad pedagogy. It misrepresents the nature of our rights and obligations under the law, and it communicates a message more likely to harm than to help respect for the law.

Denying penitentiary inmates the right to vote misrepresents the nature of our rights and obligations under the law and consequently undermines them. In a democracy such as ours, the power of

(critère de l'atteinte minimale) et que l'ensemble des effets bénéfiques de la mesure l'emporte sur ses effets négatifs (critère de l'effet proportionné). Comme nous le verrons, l'imprécision des buts invoqués par le gouvernement en matière de justification, conjuguée avec le rôle crucial que joue le droit de vote au sein de la démocratie canadienne, la règle de droit et la recherche d'une peine appropriée rendent la tâche du gouvernement plutôt difficile.

1. Le lien rationnel

Le retrait du droit de vote aux détenus accroîtra-t-il le respect de la règle de droit et infligera-t-il une peine appropriée? Le gouvernement doit démontrer que cela est probable, en se fondant sur la preuve ou sur la raison et la logique : *RJR-MacDonald*, précité, par. 153.

Le gouvernement propose trois théories pour établir le lien rationnel entre la restriction imposée et l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit. Premièrement, il soutient que priver les détenus du droit de vote envoie un « message éducatif » aux détenus et à l'ensemble des citoyens quant à l'importance du respect de la règle de droit. Deuxièmement, il prétend que permettre aux détenus de voter « diminue la valeur » du système politique. Enfin, il affirme que la privation du droit de vote est une forme légitime de sanction, peu importe la nature spécifique de l'infraction ou la situation particulière du contrevenant. À mon avis, aucune de ces théories n'est fondée.

Le premier élément invoqué pour établir un lien avec l'objectif d'accroître le respect de la règle de droit est le « message éducatif » ou « message moralisateur ». Le problème ici tient simplement au fait que le retrait du droit de vote aux détenus constitue de la mauvaise pédagogie. Cette mesure donne une fausse idée de la nature de nos droits et obligations selon la loi et transmet un message qui risque plus de diminuer le respect de la règle de droit que de le renforcer.

Priver les détenus du droit de vote donne une fausse idée de la nature de nos droits et obligations selon la loi et, par conséquent, les met en péril. Dans une démocratie comme la nôtre, le pouvoir

28

29

30

31

lawmakers flows from the voting citizens, and lawmakers act as the citizens' proxies. This delegation from voters to legislators gives the law its legitimacy or force. Correlatively, the obligation to obey the law flows from the fact that the law is made by and on behalf of the citizens. In sum, the legitimacy of the law and the obligation to obey the law flow directly from the right of every citizen to vote. As a practical matter, we require all within our country's boundaries to obey its laws, whether or not they vote. But this does not negate the vital symbolic, theoretical and practical connection between having a voice in making the law and being obliged to obey it. This connection, inherited from social contract theory and enshrined in the *Charter*, stands at the heart of our system of constitutional democracy.

32

The government gets this connection exactly backwards when it attempts to argue that depriving people of a voice in government teaches them to obey the law. The "educative message" that the government purports to send by disenfranchising inmates is both anti-democratic and internally self-contradictory. Denying a citizen the right to vote denies the basis of democratic legitimacy. It says that delegates elected by the citizens can then bar those very citizens, or a portion of them, from participating in future elections. But if we accept that governmental power in a democracy flows from the citizens, it is difficult to see how that power can legitimately be used to disenfranchise the very citizens from whom the government's power flows.

33

Reflecting this truth, the history of democracy is the history of progressive enfranchisement. The universal franchise has become, at this point in time, an essential part of democracy. From the notion that only a few meritorious people could vote (expressed in terms like class, property and gender), there gradually evolved the modern precept that all citizens are entitled to vote as members of a self-governing citizenry. Canada's steady march to universal suffrage culminated in 1982,

des législateurs émane des citoyens votants, et ces législateurs agissent à titre de mandataires des citoyens. Cette délégation de pouvoir des électeurs aux législateurs confère à la loi sa légitimité ou force. En corollaire, l'obligation de respecter la loi découle du fait que celle-ci est élaborée par les citoyens et en leur nom. En somme, la légitimité de la loi et l'obligation de la respecter découlent directement du droit de vote de chaque citoyen. Sur le plan pratique, nous demandons à tous ceux qui se trouvent à l'intérieur des frontières de notre pays de respecter ses lois, qu'ils aient le droit de voter ou non. Mais cela ne rompt pas le lien vital qui existe, d'un point de vue symbolique, théorique et pratique, entre la participation à l'élaboration de la loi et l'obligation de la respecter. Ce lien, issu de la théorie du contrat social et consacré dans la *Charte*, est au cœur de notre système de démocratie constitutionnelle.

Le gouvernement inverse complètement cette logique lorsqu'il prétend que le fait de priver les gens de leur droit de participer aux décisions du gouvernement leur apprend à respecter la loi. Le « message éducatif » que le gouvernement a la prétention d'envoyer en privant les détenus du droit de vote est à la fois antidémocratique et intrinsèquement contradictoire. Priver un citoyen du droit de vote attaque les bases de la légitimité démocratique. Cela revient à dire que les mandataires qui ont été élus par les citoyens peuvent ensuite empêcher ces citoyens, ou une partie d'entre eux, de participer aux prochaines élections. Mais si nous admettons que le pouvoir gouvernemental au sein d'une démocratie émane des citoyens, il est difficile de voir comment ce pouvoir peut légitimement être utilisé pour priver du droit de vote les citoyens de qui il émane.

Reflète de cette vérité, l'histoire de la démocratie correspond à celle de l'octroi progressif du droit de vote. Le suffrage universel constitue aujourd'hui un élément essentiel de la démocratie. À partir de la notion que seules quelques personnes méritantes (suivant des critères tels la classe sociale, la propriété et le sexe) pouvaient voter, s'est progressivement développé le principe moderne voulant que tous les citoyens aient le droit de vote en tant que membres de la cité. La marche constante du Canada

with our adoption of a constitutional guarantee of the right of all citizens to vote in s. 3 of the *Charter*. As Arbour J.A. observed in *Sauvé No. 1, supra*, at p. 487:

... the slow movement toward universal suffrage in Western democracies took an irreversible step forward in Canada in 1982 by the enactment of s. 3 of the *Charter*. I doubt that anyone could now be deprived of the vote on the basis, not merely symbolic but actually demonstrated, that he or she was not decent or responsible. By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a “decent and responsible citizenry,” previously defined by attributes such as ownership of land or gender, in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.

Under s. 3 of the *Charter*, the final vestiges of the old policy of selective voting have fallen, including the exclusion of persons with a “mental disease” and federally appointed judges: see *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622 (T.D.); and *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.). The disenfranchisement of inmates takes us backwards in time and retrenches our democratic entitlements.

The right of all citizens to vote, regardless of virtue or mental ability or other distinguishing features, underpins the legitimacy of Canadian democracy and Parliament’s claim to power. A government that restricts the franchise to a select portion of citizens is a government that weakens its ability to function as the legitimate representative of the excluded citizens, jeopardizes its claim to representative democracy, and erodes the basis of its right to convict and punish law-breakers.

More broadly, denying citizens the right to vote runs counter to our constitutional commitment to the inherent worth and dignity of every individual. As the South African Constitutional Court said in *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, at para. 17, “[t]he vote of each and every citizen is

vers le suffrage universel a culminé en 1982 avec la constitutionnalisation à l’art. 3 de la *Charte* du droit de vote de chaque citoyen. Comme le juge Arbour l’a fait remarquer dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 487 :

[TRADUCTION] ... la lente progression des démocraties occidentales vers le suffrage universel a franchi un point de non-retour au Canada en 1982 avec l’entrée en vigueur de l’art. 3 de la *Charte*. Je doute que qui que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif, non simplement symbolique, mais dont la preuve a été réellement faite, que cette personne n’est pas honnête ou responsable. Au moment de l’entrée en vigueur de la *Charte*, les exclusions applicables au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu’on peut supposer à juste titre que nous avions abandonné l’idée que l’électorat doit se limiter aux « citoyens honnêtes et responsables », définis auparavant par des caractéristiques comme le fait d’être propriétaire de biens-fonds ou le sexe, en faveur d’un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l’État.

L’article 3 de la *Charte* a fait disparaître les derniers vestiges de l’octroi sélectif du droit de vote, dont l’exclusion des personnes atteintes de « maladie mentale » et des juges nommés par le gouvernement fédéral : voir *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622 (1^{re} inst.), et *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.). Retirer aux détenus le droit de vote nous fait régresser et a pour effet de restreindre nos droits démocratiques.

Le droit de vote de tout citoyen, indépendamment de la vertu, de la capacité mentale ou de toute autre caractéristique distinctive, sert d’assise à la légitimité de la démocratie canadienne et aux pouvoirs dont se réclame le législateur. Un gouvernement qui n’accorde le droit de vote qu’à un groupe de citoyens choisis est un gouvernement qui diminue sa capacité d’agir à titre de représentant légitime des citoyens exclus de ce groupe, contredit sa prétention à une démocratie représentative et érode son pouvoir de condamner et de punir les contrevenants.

De façon plus générale, priver certains citoyens du droit de vote va à l’encontre de notre engagement constitutionnel envers la valeur et la dignité intrinsèques de chaque personne. Comme la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud l’a affirmé dans *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR

34

35

a badge of dignity and of personhood. Quite literally, it says that everybody counts.” The fact that the disenfranchisement law at issue applies to a discrete group of persons should make us more, not less, wary of its potential to violate the principles of equal rights and equal membership embodied in and protected by the *Charter*.

36 In recognition of the seminal importance of the right to vote in the constellation of rights, the framers of the *Charter* accorded it special protections. Unlike other rights, the right of every citizen to vote cannot be suspended under the “notwithstanding clause”. As Arbour J.A. said in *Sauvé No. 1, supra*, at p. 486:

It is indeed significant that s. 3 of the *Charter* is immune from the notwithstanding clause contained in s. 33, which permits Parliament and the legislatures to enact legislation which would otherwise violate the *Charter*. It confirms that the right to vote must be protected against those who have the capacity, and often the interest, to limit the franchise. Unpopular minorities may seek redress against an infringement of their rights in the courts. But like everybody else, they can only seek redress against a dismissal of their political point of view at the polls.

37 The government’s vague appeal to “civic responsibility” is unhelpful, as is the attempt to lump inmate disenfranchisement together with legitimate voting regulations in support of the government’s position. The analogy between youth voting restrictions and inmate disenfranchisement breaks down because the type of judgment Parliament is making in the two scenarios is very different. In the first case, Parliament is making a decision based on the experiential situation of all citizens when they are young. It is not saying that the excluded class is unworthy to vote, but regulating a modality of the universal franchise. In the second case, the government is making a decision that some people, whatever their abilities, are not morally worthy to vote — that they do not “deserve” to be considered members of the community and hence may be deprived of the most basic

1, par. 17, [TRADUCTION] « [I]e vote de chaque citoyen est un symbole de dignité et d’identité individuelle. Littéralement, il signifie que tout le monde est important. » Le fait que la disposition sur la privation du droit de vote s’applique à un groupe particulier de personnes devrait nous porter à nous inquiéter plutôt davantage que moins de la possibilité qu’elle viole les principes d’égalité des droits et d’appartenance consacrés dans la *Charte* et protégés par celle-ci.

En reconnaissance de l’importance fondamentale que revêt le droit de vote dans l’ensemble des droits, les rédacteurs de la *Charte* lui ont accordé des protections spéciales. Contrairement aux autres droits, le droit de tout citoyen de voter ne peut être suspendu par application de la « clause de dérogation ». Comme le juge Arbour l’a dit dans *Sauvé n° 1*, précité, p. 486 :

[TRADUCTION] Il est en effet révélateur que l’art. 3 de la *Charte* échappe à l’application de l’art. 33, la clause de dérogation, qui permet au Parlement ou à la législature d’une province d’adopter une loi non conforme à la *Charte*. Ainsi, le droit de vote doit être protégé contre ceux qui ont le pouvoir de limiter son exercice et qui, souvent, ont intérêt à le faire. Les minorités impopulaires peuvent s’adresser aux tribunaux pour obtenir réparation lorsqu’il est porté atteinte à leurs droits. Cependant, à l’instar de n’importe quel citoyen, leurs membres peuvent seulement obtenir réparation lorsqu’on leur refuse le droit d’exprimer leur point de vue politique à un scrutin.

L’appel général du gouvernement à la « responsabilité civique » n’a aucune utilité, tout comme sa tentative d’associer, à l’appui de sa position, la suppression du droit de vote des détenus avec la réglementation légitime en matière de vote. L’analogie qu’il établit entre les restrictions apportées au droit de vote des jeunes et la suppression du droit de vote des détenus ne tient pas parce que la décision que le législateur prend dans les deux cas est très différente. Dans le premier cas, le législateur prend une décision fondée sur la situation expérientielle dans laquelle se trouvent tous les citoyens lorsqu’ils sont jeunes. Cette décision ne signifie pas que la catégorie exclue n’est pas digne de voter, mais établit une modalité d’application du suffrage universel. Dans le second cas, le gouvernement décide que certaines personnes, peu importe leurs capacités, ne sont pas

of their constitutional rights. But this is not the lawmakers' decision to make. The *Charter* makes this decision for us by guaranteeing the right of "every citizen" to vote and by expressly placing prisoners under the protective umbrella of the *Charter* through constitutional limits on punishment. The *Charter* emphatically says that prisoners are protected citizens, and short of a constitutional amendment, lawmakers cannot change this.

The theoretical and constitutional links between the right to vote and respect for the rule of law are reflected in the practical realities of the prison population and the need to bolster, rather than to undermine, the feeling of connection between prisoners and society as a whole. The government argues that disenfranchisement will "educate" and rehabilitate inmates. However, disenfranchisement is more likely to become a self-fulfilling prophecy than a spur to reintegration. Depriving at-risk individuals of their sense of collective identity and membership in the community is unlikely to instill a sense of responsibility and community identity, while the right to participate in voting helps teach democratic values and social responsibility (testimony of Professor Jackson, appellants' record at pp. 2001-2). As J. S. Mill wrote:

To take an active interest in politics is, in modern times, the first thing which elevates the mind to large interests and contemplations; the first step out of the narrow bounds of individual and family selfishness, the first opening in the contracted round of daily occupations. . . . The possession and the exercise of political, and among others of electoral, rights, is one of the chief instruments both of moral and of intellectual training for the popular mind

(J. S. Mill, "Thoughts on Parliamentary Reform" (1859), in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, 1977, 311, at pp. 322-23)

moralement dignes de voter — qu'elles ne « méritent » pas d'être considérées comme des membres de la communauté et que, par conséquent, elles peuvent être privées de leur droit constitutionnel le plus fondamental. Mais il n'appartient pas au législateur de prendre cette décision. La *Charte* prend cette décision pour nous en garantissant le droit de vote de « tout citoyen » et en plaçant expressément les prisonniers sous la protection de la *Charte* au moyen de restrictions constitutionnelles en matière de peine. La *Charte* affirme catégoriquement que les prisonniers sont des citoyens protégés, et en l'absence d'une modification constitutionnelle, le législateur n'y peut rien changer.

Les liens théorique et constitutionnel entre le droit de vote et le respect de la règle de droit se reflètent dans la réalité quotidienne de la population carcérale et dans la nécessité d'encourager plutôt que de réprimer le sentiment d'appartenance des prisonniers à la société dans son ensemble. Le gouvernement prétend que la privation du droit de vote permet d'« éduquer » et de réadapter les détenus. Pourtant, cette privation risque davantage de créer un effet Pygmalion que de favoriser la réinsertion sociale des détenus. Priver les personnes à risque de leur identité collective et de leur sentiment d'appartenance à la communauté est peu susceptible de leur insuffler le sens des responsabilités et de l'identité collective, tandis que le droit de participer au vote permet d'inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales (témoignage du professeur Jackson, dossier des appelants, p. 2001-2002). Comme J. S. Mill l'écrit :

[TRADUCTION] S'intéresser à la politique de façon concrète constitue, de nos jours, la meilleure façon d'élever l'esprit vers de larges intérêts et horizons; le premier pas en dehors du cadre étroit de l'intérêt personnel de l'individu et de la famille, la première étape dans l'accomplissement des obligations sociales quotidiennes. [. . .] La possession et l'exercice de droits politiques, notamment du droit de vote, figurent parmi les principaux outils de formation, tant morale qu'intellectuelle, de l'esprit populaire

(J. S. Mill, « Thoughts on Parliamentary Reform » (1859), dans J. M. Robson, dir., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX, 1977, 311, p. 322-323)

To deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility.

39 Even if these difficulties could be overcome, it is not apparent that denying penitentiary inmates the right to vote actually sends the intended message to prisoners, or to the rest of society. People may be sentenced to imprisonment for two years or more for a wide variety of crimes, ranging from motor vehicle and regulatory offences to the most serious cases of murder. The variety of offences and offenders covered by the prohibition suggests that the educative message is, at best, a mixed and diffuse one.

40 It is a message sullied, moreover, by negative and unacceptable messages likely to undermine civic responsibility and respect for the rule of law. Denying citizen law-breakers the right to vote sends the message that those who commit serious breaches are no longer valued as members of the community, but instead are temporary outcasts from our system of rights and democracy. More profoundly, it sends the unacceptable message that democratic values are less important than punitive measures ostensibly designed to promote order. If modern democratic history has one lesson to teach it is this: enforced conformity to the law should not come at the cost of our core democratic values.

41 I conclude that denying penitentiary inmates the right to vote is more likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values. The government's novel political theory that would permit elected representatives to disenfranchise a segment of the population finds no place in a democracy built upon principles of inclusiveness, equality, and citizen participation. That not all self-proclaimed democracies adhere to this conclusion says little about what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits. Punitive disenfranchisement of inmates does not send the

Priver les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales.

À supposer que ces difficultés puissent être surmontées, il n'est pas évident que le retrait du droit de vote aux détenus transmet bien le message que l'on veut transmettre aux prisonniers, ou au reste de la société. On peut être condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour toutes sortes de crimes, allant des infractions aux règles de conduite automobile aux cas les plus graves de meurtre. La diversité des infractions et des contrevenants visés par l'interdiction semble indiquer que le message éducatif est, au mieux, confus et ambigu.

En outre, il s'agit d'un message dénaturé par des messages négatifs et inacceptables qui risquent de compromettre la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. Le retrait du droit de vote aux citoyens contrevenants transmet le message que ceux qui commettent des infractions graves ne sont plus considérés comme des membres de la communauté, mais qu'ils sont plutôt temporairement bannis de notre système de droits et de démocratie. De façon plus profonde, il transmet le message inacceptable que les valeurs démocratiques sont moins importantes que les mesures punitives apparemment conçues pour faire régner l'ordre. S'il y a une leçon à tirer de l'histoire de la démocratie moderne, c'est la suivante : ce n'est pas aux dépens de nos valeurs démocratiques fondamentales qu'il convient de faire respecter la loi.

J'estime que priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs. La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. Le retrait du droit de vote

“educative message” that the government claims; to the contrary, it undermines this message and is incompatible with the basic tenets of participatory democracy contained in and guaranteed by the *Charter*.

The government also argues that denying penitentiary inmates the vote will enhance respect for law because allowing people who flaunt the law to vote demeans the political system. The same untenable premises we have been discussing resurface here — that voting is a privilege the government can suspend and that the commission of a serious crime signals that the offender has chosen to “opt out” of community membership. But beyond this, the argument that only those who respect the law should participate in the political process is a variant on the age-old unworthiness rationale for denying the vote.

The idea that certain classes of people are not morally fit or morally worthy to vote and to participate in the law-making process is ancient and obsolete. Edward III pronounced that citizens who committed serious crimes suffered “civil death”, by which a convicted felon was deemed to forfeit all civil rights. Until recently, large classes of people, prisoners among them, were excluded from the franchise. The assumption that they were not fit or “worthy” of voting — whether by reason of class, race, gender or conduct — played a large role in this exclusion. We should reject the retrograde notion that “worthiness” qualifications for voters may be logically viewed as enhancing the political process and respect for the rule of law. As Arbour J.A. stated in *Sauvé No. 1, supra*, at p. 487, since the adoption of s. 3 of the *Charter*, it is doubtful “that anyone could now be deprived of the vote on the basis . . . that he or she was not decent or responsible”.

en guise de punition ne transmet pas le « message éducatif » que le gouvernement a la prétention de transmettre; au contraire, il en réduit l’efficacité et est incompatible avec les préceptes fondamentaux de démocratie participative contenus dans la *Charte* et garantis par celle-ci.

Le gouvernement prétend également que priver les détenus du droit de vote accroît le respect de la règle de droit parce que le fait de permettre aux gens qui défient la loi de voter diminue la valeur du système politique. Les mêmes prémisses indéfendables que nous avons examinées refont surface ici — c’est-à-dire que le droit de vote est un privilège que le gouvernement peut suspendre et que la commission d’un crime sérieux indique que le contrevenant a choisi de « se retirer » de la communauté. Mais au-delà, l’argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique n’est qu’une variante de l’ancienne théorie fondée sur l’absence de valeur qui servait autrefois de justification au retrait du droit de vote.

L’idée que certaines personnes ne sont pas moralement aptes à voter et à participer au processus d’élaboration des lois ou moralement dignes de le faire est ancienne et désuète. Édouard III a déclaré les citoyens qui commettaient des crimes graves passibles de « mort civile », c’est-à-dire qu’une personne reconnue coupable d’un acte criminel était réputée perdre tous ses droits civils. Jusqu’à récemment, des catégories entières de personnes, dont les prisonniers, étaient privées du droit de vote. La présomption qu’elles n’étaient pas aptes à voter ou « dignes » de le faire — que ce soit en raison de leur classe sociale, de leur race, de leur sexe ou de leur comportement — a joué un rôle important dans cette exclusion. Nous devrions rejeter l’idée rétrograde qu’exiger que les électeurs aient une certaine « valeur » peut logiquement être considéré comme rehaussant le processus politique et le respect de la règle de droit. Comme l’a déclaré le juge Arbour dans *Sauvé n^o 1*, précité, p. 487, depuis l’adoption de l’art. 3 de la *Charte*, il est peu probable que [TRADUCTION] « qui que ce soit puisse maintenant être privé du droit de vote pour le motif [. . .] que cette personne n’est pas honnête ou responsable ».

42

43

44 Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the *Charter*: compare *August, supra*. It also runs counter to the plain words of s. 3, its exclusion from the s. 33 override, and the idea that laws command obedience because they are made by those whose conduct they govern. For all these reasons, it must, at this stage of our history, be rejected.

45 This brings us to the government's final argument for rational connection — that disenfranchisement is a legitimate weapon in the state's punitive arsenal against the individual lawbreaker. Again, the argument cannot succeed. The first reason is that using the denial of rights as punishment is suspect. The second reason is that denying the right to vote does not comply with the requirements for legitimate punishment established by our jurisprudence.

46 The argument, stripped of rhetoric, proposes that it is open to Parliament to add a new tool to its arsenal of punitive implements — denial of constitutional rights. I find this notion problematic. I do not doubt that Parliament may limit constitutional rights in the name of punishment, provided that it can justify the limitation. But it is another thing to say that a particular class of people for a particular period of time will completely lose a particular constitutional right. This is tantamount to saying that the affected class is outside the full protection of the *Charter*. It is doubtful that such an unmodulated deprivation, particularly of a right as basic as the right to vote, is capable of justification under s. 1. Could Parliament justifiably pass a law removing the right of all penitentiary prisoners to be protected from cruel and unusual punishment? I think not. What of freedom of expression or religion? Why, one asks, is the right to vote different? The government offers no credible theory about why it should be allowed to deny this fundamental democratic right as a form of state punishment.

Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte* : comparer avec *August, précité*. Il va également à l'encontre du libellé même de l'art. 3, du fait qu'il ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33, et de l'idée que les lois commandent l'obéissance parce qu'elles émanent de ceux dont elles régissent le comportement. Pour toutes ces raisons, il doit être rejeté à cette étape de notre histoire.

Cela nous amène au dernier argument qu'invoque le gouvernement pour établir un lien rationnel — à savoir que la privation du droit de vote est une arme légitime dans l'arsenal punitif que l'État peut déployer contre le contrevenant. Cet argument ne peut non plus être retenu. D'abord, parce que le fait de recourir à la privation de droits à des fins punitives est suspect. Ensuite, parce que le retrait du droit de vote n'est pas conforme aux exigences établies par notre jurisprudence en matière de peine appropriée.

Cet argument, dépouillé de sa rhétorique, suggère l'idée qu'il est loisible au législateur d'ajouter une nouvelle arme — la privation de droits constitutionnels — à son arsenal d'outils destinés à punir. Cette idée m'apparaît problématique. C'est une chose de dire que le législateur peut restreindre des droits constitutionnels pour des raisons punitives s'il est en mesure de justifier cette restriction, mais c'en est une autre de dire qu'une catégorie de personnes peut perdre complètement un droit constitutionnel pour une certaine période. Cela revient à dire que la catégorie visée ne bénéficie pas de la protection complète de la *Charte*. Il est peu probable que la justification d'une telle dépossession non modulée, surtout celle d'un droit aussi fondamental que le droit de vote, puisse se démontrer au regard de l'article premier. Le législateur serait-il justifié d'édicter une loi privant tous les prisonniers du droit à la protection contre toute peine cruelle et inusitée? Je ne pense pas. Qu'en est-il de la liberté d'expression ou de religion? En quoi le droit de vote est-il différent? Le gouvernement ne présente aucune théorie convaincante pour expliquer pourquoi on devrait lui permettre de retirer ce droit démocratique fondamental à titre de peine infligée par l'État.

The social compact requires the citizen to obey the laws created by the democratic process. But it does not follow that failure to do so nullifies the citizen's continued membership in the self-governing polity. Indeed, the remedy of imprisonment for a term rather than permanent exile implies our acceptance of continued membership in the social order. Certain rights are justifiably limited for penal reasons, including aspects of the rights to liberty, security of the person, mobility, and security against search and seizure. But whether a right is justifiably limited cannot be determined by observing that an offender has, by his or her actions, withdrawn from the social compact. Indeed, the right of the state to punish and the obligation of the criminal to accept punishment are tied to society's acceptance of the criminal as a person with rights and responsibilities. Other *Charter* provisions make this clear. Thus s. 11 protects convicted offenders from unfair trials, and s. 12 from "cruel and unusual treatment or punishment".

The second flaw in the argument that s. 51(e) furthers legitimate punishment is that it does not meet the dual requirements that punishment must not be arbitrary and must serve a valid criminal law purpose. Absence of arbitrariness requires that punishment be tailored to the acts and circumstances of the individual offender: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. In the immortal words of Gilbert and Sullivan, the punishment should fit the crime. Section 51(e) *qua* punishment bears little relation to the offender's particular crime. It makes no attempt to differentiate among inmates serving sentences of two years and those serving sentences of twenty. It is true that those serving shorter sentences will be deprived of the right to vote for a shorter time. Yet the correlation of the denial with the crime remains weak. It is not only the violent felon who is told he is an unworthy outcast; a person imprisoned for a non-violent or negligent act, or an Aboriginal person suffering from social displacement receives the same message. They are not targeted, but they are caught all the same. For them the message is doubly

Le contrat social engage le citoyen à respecter les lois issues du processus démocratique. Mais il ne s'ensuit pas qu'un défaut à cet égard annule l'appartenance permanente du citoyen à la cité. D'ailleurs, le recours à l'emprisonnement pour une période déterminée plutôt qu'à l'exil définitif est le signe de notre acceptation de l'appartenance permanente à l'ordre social. Il peut être justifié de restreindre certains droits, tels certains aspects des droits à la liberté et à la sécurité de sa personne, à la liberté de circulation et d'établissement, et à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies, pour des raisons pénales. Mais la question de savoir si la justification de la restriction d'un droit peut se démontrer ne peut être tranchée par la simple constatation qu'un contrevenant a, par ses propres actions, rompu le contrat social. En fait, le pouvoir de l'État d'infliger une peine et l'obligation du criminel d'accepter cette peine sont liés à la reconnaissance du criminel comme une personne ayant des droits et des responsabilités. D'autres dispositions de la *Charte* font clairement ressortir ce point. Ainsi, l'art. 11 protège tout inculpé contre des procès inéquitables et l'art. 12, contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ».

Le second vice qui entache l'argument voulant que l'al. 51e) favorise l'infliction d'une peine appropriée tient à ce qu'il ne satisfait pas à la double exigence que la peine ne doit pas être arbitraire et qu'elle doit viser un objectif valide en droit criminel. Pour ne pas être arbitraire, la peine doit être ajustée aux actions et à la situation particulière du contrevenant : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073. Selon les paroles immortelles de Gilbert et Sullivan, la peine doit être adaptée au crime. Or, l'alinéa 51e) en tant que peine a peu à voir avec le crime particulier commis par le contrevenant. Il ne cherche pas à établir une distinction entre les détenus purgeant une peine de deux ans et ceux qui purgent des peines de vingt ans. Il est vrai que ceux qui purgent des peines plus courtes sont privés du droit de vote moins longtemps. Cependant, la corrélation entre la privation et le crime demeure quand même faible. Le criminel violent n'est pas le seul à qui on laisse entendre qu'il est un paria sans valeur; la personne emprisonnée pour un acte commis sans violence ou pour négligence ou l'Autochtone ayant

invidious — not that they are cast out for their apparently voluntary rejection of society's norms, but that they are cast out arbitrarily, in ways that bear no necessary relation to their actual situation or attitude towards state authority.

49 Punishment must also fulfill a legitimate penal purpose: see *Smith, supra*, at p. 1068. These include deterrence, rehabilitation, retribution, and denunciation: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 82. Neither the record nor common sense supports the claim that disenfranchisement deters crime or rehabilitates criminals. On the contrary, as Mill recognized long ago, participation in the political process offers a valuable means of teaching democratic values and civic responsibility.

50 This leaves retribution and denunciation. Parliament may denounce unlawful conduct. But it must do so in a way that closely reflects the moral culpability of the offender and his or her circumstances. As Lamer C.J. indicated in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 80:

Retribution in a criminal context, by contrast [to vengeance], represents an objective, reasoned and measured determination of an appropriate punishment which properly reflects the moral culpability of the offender, having regard to the intentional risk-taking of the offender, the consequential harm caused by the offender, and the normative character of the offender's conduct. [Emphasis in original.]

Denunciation as a symbolic expression of community values must be individually tailored in order to fulfill the legitimate penal purpose of condemning a particular offender's conduct (see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 81) and to send an appropriate "educative message" about the importance of law-abiding behavior.

51 Section 51(e) imposes blanket punishment on all penitentiary inmates regardless of the particular crimes they committed, the harm they caused, or the

subi un déplacement social reçoivent le même message. Ils ne sont pas visés, mais ils se trouvent dans la même barque. Pour eux, le message est doublement odieux — non pas qu'ils soient exclus en raison de leur refus en apparence volontaire de se plier aux normes de la société, mais qu'ils le soient de façon arbitraire, d'une manière qui ne correspond pas nécessairement à leur véritable situation ou à leur attitude à l'égard de l'autorité de l'État.

La peine doit également viser un objectif pénal légitime : voir *Smith*, précité, p. 1068. Ces objectifs comprennent la dissuasion, la réadaptation, le châtement et la réprobation : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 82. Ni le dossier ni le bon sens n'appuient la prétention que la privation du droit de vote a pour effet de dissuader les criminels ou de les réadapter. Au contraire, comme Mill l'a reconnu il y a longtemps, la participation au processus politique fournit un moyen précieux d'inculquer des valeurs démocratiques et la responsabilité civique.

Il reste donc le châtement et la réprobation. Le législateur peut réprover le comportement illégal, mais il doit le faire de façon à refléter fidèlement la culpabilité morale du contrevenant et sa situation particulière. Comme le juge en chef Lamer l'a indiqué dans *M. (C.A.)*, précité, par. 80 :

En contexte criminel, par contraste [avec la vengeance], le châtement se traduit par la détermination objective, raisonnée et mesurée d'une peine appropriée, reflétant adéquatement la culpabilité morale du délinquant, compte tenu des risques pris intentionnellement par le contrevenant, du préjudice qu'il a causé en conséquence et du caractère normatif de sa conduite. [Souligné dans l'original.]

La réprobation en tant qu'expression symbolique des valeurs de la communauté doit être adaptée à chaque cas particulier afin d'atteindre l'objectif pénal légitime de condamner le comportement particulier d'un contrevenant (voir *M. (C.A.)*, précité, par. 81) et de transmettre un « message éducatif » clair quant à l'importance d'un comportement respectueux de la loi.

La sanction prévue par l'al. 51e) s'applique indistinctement à tous les détenus, indépendamment du crime commis, du préjudice causé ou du

normative character of their conduct. It is not individually tailored to the particular offender's act. It does not, in short, meet the requirements of denunciatory, retributive punishment. It follows that it is not rationally connected to the goal of imposing legitimate punishment.

When the facade of rhetoric is stripped away, little is left of the government's claim about punishment other than that criminals are people who have broken society's norms and may therefore be denounced and punished as the government sees fit, even to the point of removing fundamental constitutional rights. Yet, the right to punish and to denounce, however important, is constitutionally constrained. It cannot be used to write entire rights out of the Constitution, it cannot be arbitrary, and it must serve the constitutionally recognized goals of sentencing. On all counts, the case that s. 51(e) furthers lawful punishment objectives fails.

I conclude that the government has failed to establish a rational connection between s. 51(e)'s denial of the right to vote and the objectives of enhancing respect for the law and ensuring appropriate punishment.

2. Minimal Impairment

If the denial of a right is not rationally connected to the government's objectives, it makes little sense to go on to ask whether the law goes further than is necessary to achieve the objective. I simply observe that if it were established that denying the right to vote sends an educative message that society will not tolerate serious crime, the class denied the vote — all those serving sentences of two years or more — is too broad, catching many whose crimes are relatively minor and who cannot be said to have broken their ties to society. Similarly, if it were established that this denial somehow furthers legitimate sentencing goals, it is plain that the marker of a sentence of two years or more catches many people who, on the government's own theory, should not be caught.

caractère normatif de leur comportement. Elle n'est pas adaptée à l'acte particulier posé par le contrevenant. Bref, cet alinéa ne satisfait pas aux exigences d'une sanction ayant un effet réprobateur et infligeant un châtement. Il n'a donc pas de lien rationnel avec l'objectif d'infliger une peine légitime.

Dépourvue de son apparente rhétorique, la prétention du gouvernement au chapitre de la peine se réduit à peu près à affirmer que les criminels sont des gens qui se sont écartés des normes établies par la société, qu'il peut donc les réprouber et les condamner comme il le juge bon, et même leur retirer des droits constitutionnels fondamentaux. Or, le droit d'infliger une peine et de réprouber, même s'il est important, est restreint par la Constitution. Il ne peut servir à rayer complètement des droits de la Constitution, il ne peut être exercé de façon arbitraire et il doit viser les objectifs constitutionnellement reconnus en matière de détermination de la peine. L'argument portant que l'al. 51e) favorise la réalisation d'objectifs licites en matière de peine échoue sur toute la ligne.

Je conclus que le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51e) et les objectifs d'accroître le respect de la règle de droit et d'assurer l'infliction d'une peine appropriée.

2. L'atteinte minimale

En l'absence d'un lien rationnel entre la privation d'un droit et les objectifs du gouvernement, il n'est guère logique de se demander ensuite si la loi va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif. Je soulignerai simplement que même s'il était établi que la privation du droit de vote transmet le message éducatif que la société ne tolérera pas le crime grave, la catégorie privée du droit de vote — c'est-à-dire tous ceux qui purgent des peines de deux ans ou plus — est trop large, englobant nombre de personnes dont les crimes sont relativement mineurs et dont on ne peut dire qu'elles ont rompu leurs liens avec la société. De façon similaire, même s'il était établi que cette privation favorise d'une façon ou d'une autre la réalisation d'objectifs légitimes en matière de peine, il est clair que le seuil de deux ans ou plus touche de nombreuses personnes qui, de l'avis même du gouvernement, ne devraient pas être visées.

52

53

54

55

The question at this stage of the analysis is not how many citizens are affected, but whether the right is minimally impaired. Even one person whose *Charter* rights are unjustifiably limited is entitled to seek redress under the *Charter*. It follows that this legislation cannot be saved by the mere fact that it is less restrictive than a blanket exclusion of all inmates from the franchise. First, it is difficult to substantiate the proposition that a two-year term is a reasonable means of identifying those who have committed “serious”, as opposed to “minor”, offences. If serious and minor offences are defined by the duration of incarceration, then this is a tautology. If the two-year period is meant to serve as a proxy for something else, then the government must give content to the notion of “serious” vs. “minor” offences, and it must demonstrate the correlation between this distinction and the entitlement to vote. It is no answer to the overbreadth critique to say that the measure is saved because a limited class of people is affected: the question is why individuals in this class are singled out to have their rights restricted, and how their rights are limited. The perceived “seriousness” of the crime is only one of many factors in determining the length of a convicted offender’s sentence and the time served. The only real answer the government provides to the question “why two years?” is because it affects a smaller class than would a blanket disenfranchisement.

56

Nor is it any answer to say that the infringement will end when the imprisonment ends. The denial of the right to vote during the period of imprisonment affects penitentiary inmates consistently, to an absolute degree, and in arbitrary ways that bear no necessary relation to their actual situation or attitude towards state authority. Section 51(e) thus denies a prisoner’s rights in precisely the same fashion as its unconstitutional predecessor.

La question à cette étape-ci de l’analyse n’est pas de savoir combien de citoyens sont touchés, mais consiste à se demander si l’atteinte portée au droit est minimale. L’atteinte portée sans justification aux droits garantis ne fût-ce que d’une seule personne fonde celle-ci à demander réparation en vertu de la *Charte*. Il s’ensuit que cette législation ne peut être justifiée du seul fait qu’elle est moins restrictive qu’une exclusion générale de tous les détenus du droit de vote. D’abord, il est difficile d’étayer la proposition qu’un terme de deux ans est un moyen raisonnable de distinguer les contrevenants qui ont commis des infractions « graves » de ceux qui ont commis des infractions « mineures ». Si les infractions graves et les infractions mineures sont définies par la durée de l’incarcération, alors il s’agit d’une tautologie. Si le terme de deux ans sert à indiquer quelque chose d’autre, alors le gouvernement doit étoffer la distinction entre infractions « graves » et infractions « mineures », et il doit établir la corrélation entre cette distinction et le droit de voter. À la critique que la mesure a une portée excessive, il ne suffit pas de dire que la mesure est justifiée parce qu’elle vise seulement une catégorie restreinte de personnes. Il faut se demander pourquoi les droits de cette catégorie de personnes en particulier sont restreints et comment ils le sont. La « gravité » perçue de l’acte criminel est seulement un des nombreux facteurs permettant de déterminer la durée de la peine infligée à une personne reconnue coupable de l’infraction et le temps purgé. La seule réponse réelle du gouvernement à la question « pourquoi deux ans? » est que c’est la limite qui touche moins de gens qu’une privation générale.

Il ne suffit pas non plus de dire que l’atteinte prendra fin lorsque l’emprisonnement cessera. La privation du droit de vote pour la durée de l’emprisonnement touche les détenus de manière constante, à un degré absolu et d’une façon qui ne tient pas vraiment compte de leur véritable situation ou de leur attitude à l’égard de l’autorité de l’État. Le paragraphe 51(e) porte donc atteinte aux droits des prisonniers de la même façon que sa version antérieure qui a été déclarée inconstitutionnelle.

3. Proportionate Effect

If a connection could be shown between the denial of the right to vote and the government's objectives, the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue.

Denial of the right to vote to penitentiary inmates undermines the legitimacy of government, the effectiveness of government, and the rule of law. It curtails the personal rights of the citizen to political expression and participation in the political life of his or her country. It countermands the message that everyone is equally worthy and entitled to respect under the law — that everybody counts: see *August*, *supra*. It is more likely to erode respect for the rule of law than to enhance it, and more likely to undermine sentencing goals of deterrence and rehabilitation than to further them.

The government's plea of no demonstrated harm to penitentiary inmates rings hollow when what is at stake is the denial of the fundamental right of every citizen to vote. When basic political rights are denied, proof of additional harm is not required. But were proof needed, it is available. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and rehabilitation acknowledged since the time of Mill, and it undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration (testimony of Professor Jackson, appellants' record at pp. 2001-2). As the trial judge clearly perceived at p. 913, s. 51(e) "serves to further alienate prisoners from the community to which they must return, and in which their families live".

The negative effects of s. 51(e) upon prisoners have a disproportionate impact on Canada's already disadvantaged Aboriginal population, whose overrepresentation in prisons reflects "a crisis in the Canadian criminal justice system": *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 64, *per* Cory and Iacobucci JJ. To the extent that the disproportionate

3. L'effet proportionné

Si un lien pouvait être établi entre la privation du droit de vote et les objectifs du gouvernement, les effets négatifs de cette mesure l'emporteraient facilement sur les minces effets bénéfiques pouvant en découler.

Priver les détenus du droit de vote mine la légitimité du gouvernement, son efficacité et la règle de droit. Cette mesure restreint les droits personnels du citoyen à l'expression politique et à la participation à la vie politique de son pays. Elle va à l'encontre du message que tous sont égaux et que tous ont droit au bénéfice de la loi — que tout le monde compte : voir *August*, précité. Elle risque de diminuer plutôt que d'accroître le respect de la règle de droit, et de compromettre plutôt que de favoriser la réalisation des objectifs de dissuasion et de réadaptation.

L'argument du gouvernement selon lequel il n'a pas été établi qu'un préjudice a été causé aux détenus sonne creux lorsque le droit fondamental de tout citoyen de voter est en jeu. En présence d'une atteinte à des droits politiques fondamentaux, la preuve d'un préjudice additionnel n'est pas nécessaire. Mais si une telle preuve était nécessaire, elle pourrait être fournie. Priver les prisonniers du droit de vote a des effets négatifs sur les intéressés et sur le système pénal. Cela fait disparaître un moyen de susciter le développement social et la réadaptation reconnu depuis l'époque de Mill, et sape les lois et politiques correctionnelles visant la réadaptation et la réinsertion sociale (témoignage du professeur Jackson, dossier des appelants, p. 2001-2002). Comme le juge de première instance l'a clairement perçu (à la p. 913), l'al. 51e) « sert [. . .] à isoler davantage les prisonniers de la société dans laquelle ils doivent retourner et au sein de laquelle leurs familles vivent ».

Les effets négatifs de l'al. 51e) sur les prisonniers sont disproportionnés à l'égard de la population autochtone déjà désavantagée du Canada, dont la surreprésentation dans les prisons reflète une « crise dans le système canadien de justice pénale » : *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 64, les juges Cory et Iacobucci. Dans la mesure

57

58

59

60

number of Aboriginal people in penitentiaries reflects factors such as higher rates of poverty and institutionalized alienation from mainstream society, penitentiary imprisonment may not be a fair or appropriate marker of the degree of individual culpability. Added to this is the cost of silencing the voices of incarcerated Aboriginal people; with due respect, the fact that 1,837 Aboriginal people are disenfranchised by this law, while close to 600,000 are not directly affected, does not justify restricting the rights of those 1,837 individuals for reasons not demonstrably justified under the *Charter*: see Court of Appeal decision at para. 169. Aboriginal people in prison have unique perspectives and needs. Yet, s. 51(e) denies them a voice at the ballot box and, by proxy, in Parliament. That these costs are confined to the term of imprisonment does not diminish their reality. The silenced messages cannot be retrieved, and the prospect of someday participating in the political system is cold comfort to those whose rights are denied in the present.

où le nombre disproportionné d'Autochtones dans les pénitenciers révèle notamment un taux plus élevé de pauvreté et l'aliénation institutionnalisée de la société en général, l'emprisonnement n'est peut-être pas un indicateur juste et approprié du degré de culpabilité. À cela s'ajoute la réduction au silence des Autochtones incarcérés; le fait que 1 837 Autochtones perdent le droit de vote du fait de cette disposition alors que près de 600 000 ne sont pas directement touchés ne justifie pas la restriction des droits de ces 1 837 personnes pour des raisons dont la justification ne peut se démontrer selon la *Charte*: voir la décision de la Cour d'appel au par. 169. Ces Autochtones en prison ont des points de vue et des besoins uniques. Mais l'alinéa 51e) les empêche de faire entendre leur voix aux élections et, par procuration, au Parlement. Le fait que ces effets négatifs se limitent à la durée de l'emprisonnement ne change rien à leur réalité. Les messages qui n'ont pas été entendus ne peuvent être récupérés, et la perspective de pouvoir un jour participer au système politique est une bien mince consolation pour ceux qui sont actuellement privés de leurs droits.

61 In the final analysis, even if there were merit in the Court of Appeal's view that the trial judge relied too heavily on the absence of concrete evidence of benefit, it is difficult to avoid the trial judge's conclusion, at p. 916, that "the salutary effects upon which the defendants rely are tenuous in the face of the denial of the democratic right to vote, and are insufficient to meet the civil standard of proof".

En dernière analyse, même si l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge de première instance a accordé une trop grande importance à l'absence de preuve tangible d'effets bénéfiques était fondée, il est difficile de ne pas tenir compte de la conclusion de ce dernier (à la p. 916), à savoir que « les effets bénéfiques que les défendeurs invoquent sont bien minces par rapport au retrait du droit de vote, qui est un droit démocratique, et sont insuffisants pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile ».

62 I conclude that s. 51(e)'s disenfranchisement of prisoners sentenced to two years or more cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. I leave for another day whether some political activities, like standing for office, could be justifiably denied to prisoners under s. 1. It may be that practical problems might serve to justify some limitations on the exercise of derivative democratic rights. Democratic participation is not only a matter of theory but also of practice, and legislatures retain the power to limit the modalities of its exercise where this can be

Je conclus que le retrait du droit de vote aux prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus, prévu à l'al. 51e), ne peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Je remets à plus tard l'examen de la question de savoir si on peut justifier, au regard de l'article premier, l'interdiction faite aux prisonniers de participer à certaines activités politiques, comme de se porter candidat à une élection. Il se peut que des problèmes d'ordre pratique puissent servir à justifier certaines restrictions à l'exercice de droits démocratiques dérivés.

justified. Suffice it to say that the wholesale disenfranchisement of all penitentiary inmates, even with a two-year minimum sentence requirement, is not demonstrably justified in our free and democratic society.

D. *The Guarantee of Equality under Section 15(1) of the Charter*

Having found that s. 51(e) unjustifiably infringes s. 3 of the *Charter*, it is unnecessary to consider the alternative argument that it infringes the equality guarantee of s. 15(1).

V. Conclusion

I would allow the appeal, with costs to the appellants. Section 51(e) infringes s. 3 of the *Charter*, and the infringement is not justified under s. 1. It follows that s. 51(e) is inconsistent with the *Charter* and is of no force or effect by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to vote in an election of members of the House of Commons, as guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

It is unnecessary to answer the constitutional questions regarding s. 15(1) of the *Charter*.

La participation démocratique est autant une question pratique que théorique, et le législateur conserve le pouvoir de limiter les conditions de son exercice lorsque cela peut être justifié. Qu'il suffise de dire que la justification du retrait général du droit de vote à tous les détenus, même si l'exigence d'une peine minimale de deux ans y est rattachée, ne peut se démontrer dans le cadre de notre société libre et démocratique.

D. *Le droit à l'égalité garanti au par. 15(1) de la Charte*

Étant donné ma conclusion que l'al. 51e) porte atteinte de manière injustifiée à l'art. 3 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire selon lequel il viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants. L'alinéa 51e) porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, et cette atteinte n'est pas justifiée au sens de l'article premier. L'alinéa 51e) est donc incompatible avec la *Charte* et, par conséquent, inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit de voter aux élections législatives fédérales, garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Il est inutile de répondre aux questions constitutionnelles concernant le par. 15(1) de la *Charte*.

63

64

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) —

I. Introduction

A) *Specific Issue Before this Court*

65 Is Parliament able to temporarily suspend the exercise of the right to vote for criminals incarcerated for the commission of serious crimes for the duration of their incarceration? This is the question raised by this appeal. The answer will depend on whether s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (the “Act”), which prohibits “[e]very person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more” from voting, is in breach of ss. 3 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner not justifiable under s. 1.

66 The trial judge was of the view that s. 51(e) of the Act did not satisfy the test mandated by s. 1 of the *Charter*. I am in respectful disagreement with the reasons of my colleague, Chief Justice McLachlin, which support the disposition reached by the trial judge. I generally agree with the reasoning of the majority of the Federal Court of Appeal below that this provision is constitutionally sound. In my view, s. 51(e) of the Act is not an infringement of s. 15 of the *Charter*, and while having been conceded to be an infringement of the s. 3 *Charter* right, it is capable of being justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limitation thereupon.

B) *The More Fundamental Issue Arising from the Context of the Case at Bar*

67 My disagreement with the reasons of the Chief Justice, however, is also at a more fundamental level. This case rests on philosophical, political and social considerations which are not capable of “scientific proof”. It involves justifications for and against the limitation of the right to vote which are based upon axiomatic arguments of principle or value statements. I am of the view that when faced with such justifications, this Court ought to turn to the text of s. 1 of the *Charter* and to the basic

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) —

I. Introduction

A) *La question en litige*

Le législateur peut-il priver du droit de vote les auteurs d'actes criminels graves pour la durée de leur incarcération? Telle est la question que soulève le présent pourvoi. Il s'agit dès lors de déterminer si l'al. 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (la « Loi », qui interdit à « toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus » de voter, porte atteinte aux art. 3 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* d'une manière qui ne peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Selon le juge de première instance, l'al. 51e) de la Loi ne respecte pas le critère prescrit à l'article premier de la *Charte*. Avec égards, je ne partage pas les motifs de ma collègue, le juge en chef McLachlin, qui appuie la conclusion du juge de première instance. Dans l'ensemble, je souscris au raisonnement de la majorité de la Cour d'appel fédérale selon lequel la disposition est constitutionnelle. À mon sens, l'al. 51e) de la Loi ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte* et, même si on a reconnu qu'il porte atteinte au droit garanti par l'art. 3 de la *Charte*, il s'agit d'une restriction justifiable en application de l'article premier.

B) *La question plus fondamentale que posent les circonstances de l'espèce*

Mon désaccord avec le Juge en chef revêt par ailleurs un caractère plus fondamental. La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la « preuve scientifique » ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomatique. Devant de telles justifications, la Cour doit, selon moi, s'en remettre au libellé de l'article

principles which undergird both s. 1 and the relationship that provision has with the rights and freedoms protected within the *Charter*. Particularly, s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. I conclude that this is so in the case at bar.

II. Legislative Provision in Question

I am of the view that by enacting s. 51(e) of the Act, Parliament has chosen to assert and enhance the importance and value of the right to vote by temporarily disenfranchising serious criminal offenders for the duration of their incarceration. This point is worth underlining. The Chief Justice and I are in agreement that the right to vote is profoundly important, and ought not to be demeaned. Our differences lie principally in the fact that she subscribes to a philosophy whereby the temporary disenfranchising of criminals does injury to the rule of law, democracy and the right to vote, while I prefer deference to Parliament's reasonable view that it strengthens these same features of Canadian society.

The reasons of the Chief Justice refer to the historical evolution of the franchise in Canada. This evolution has generally involved the weeding out of discriminatory exclusions. It is undeniable and, obviously, to be applauded, that, over time, Canada has been evolving towards the universalization of the franchise in such a manner. The provision in question in the case at bar, however, is strikingly and qualitatively different from these past

premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Je conclus que c'est le cas en l'espèce.

II. La disposition législative en cause

J'estime qu'en adoptant l'al. 51e) de la Loi, le législateur a choisi d'affirmer l'importance du droit de vote et de le valoriser en privant du droit de vote l'auteur d'un acte criminel grave pour la durée de son incarcération. C'est un point qui mérite d'être souligné. Le Juge en chef et moi convenons que le droit de vote est profondément important et ne doit pas être dévalorisé. Nos différences résident principalement dans le fait que le Juge en chef souscrit à une philosophie selon laquelle le retrait temporaire du droit de vote aux criminels va à l'encontre de la règle de droit, de la démocratie et du droit de vote, alors que je préfère la retenue judiciaire à l'égard de l'opinion raisonnable du législateur, selon laquelle cette mesure renforce ces mêmes caractéristiques de la société canadienne.

Dans ses motifs, le Juge en chef évoque l'évolution historique du droit de vote au Canada. Cette évolution a généralement été orientée vers la suppression des exclusions discriminatoires. Il est indéniable et, certes, louable que, avec le temps, le Canada ait progressé ainsi vers l'universalisation du droit de vote. Toutefois, la disposition contestée en l'espèce se distingue radicalement et qualitativement de ces exclusions discriminatoires antérieures.

discriminatory exclusions. It is a temporary suspension from voting based exclusively on the serious criminal activity of the offender. It is the length of the sentence, reflecting the nature of the offence and the criminal activity committed, that results in the temporary disenfranchisement during incarceration. Thus, far from being repugnant and discriminatory, based on some irrelevant personal characteristic, such as gender, race, or religion, s. 51(e) of the Act distinguishes persons based on the perpetrating of acts that are condemned by the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Parliament has recognized this distinction as being different from other exclusions by its continued assertion that being convicted of a serious criminal offence is a ground for temporary disenfranchisement.

70 The reasons of the Chief Justice at para. 33 cite with approval a passage from Arbour J.A.'s reasons in the first *Sauvé* case which suggests that:

By the time the *Charter* was enacted, exclusions from the franchise were so few in this country that it is fair to assume that we had abandoned the notion that the electorate should be restricted to a “decent and responsible citizenry”, previously defined by attributes such as ownership of land or gender, in favour of a pluralistic electorate which could well include domestic enemies of the state.

(*Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), at p. 487)

While there is little logical correlation between maintaining a “decent and responsible citizenry” and any of the past discriminatory exclusions (such as land-ownership, religion, gender, ethnic background), there clearly is such a logical connection in the case of distinguishing persons who have committed serious criminal offences. “Responsible citizenship” does not relate to what gender, race, or religion a person belongs to, but is logically related to whether or not a person engages in serious criminal activity.

71 A further dimension of this qualitative difference is that serious criminal offenders are excluded from the vote for the reason that they are the subjects of

Elle établit une inhabilité temporaire à voter fondée uniquement sur l'acte criminel grave commis par le contrevenant. C'est la durée de la peine, laquelle reflète la nature de l'infraction et de l'acte criminel commis, qui donne lieu à l'inhabilité pour la durée de l'incarcération. Ainsi, loin d'être répugnante et discriminatoire, fondée sur quelque caractéristique personnelle non pertinente, comme le sexe, la race ou la religion, la distinction établie à l'al. 51e) de la Loi s'appuie sur la perpétration d'actes réprouvés par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le législateur a reconnu que cette distinction différait des autres exclusions en maintenant que la perpétration d'un acte criminel grave justifie la privation temporaire du droit de vote.

Dans ses motifs, le Juge en chef cite au par. 33, en l'approuvant, un extrait des motifs du juge Arbour de la Cour d'appel dans la première affaire *Sauvé* :

[TRADUCTION] Au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte*, les exclusions applicables au droit de vote étaient si peu nombreuses dans notre pays qu'on peut supposer à juste titre que nous avions abandonné l'idée que l'électorat doit se limiter aux « citoyens honnêtes et responsables », définis auparavant par des caractéristiques comme le fait d'être propriétaire de biens-fonds ou le sexe, en faveur d'un électorat pluraliste, qui peut très bien inclure des Canadiens qui sont des ennemis de l'État.

(*Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), p. 487)

Alors que la logique de la corrélation entre le maintien d'un électorat composé de « citoyens honnêtes et responsables » et les anciennes exclusions discriminatoires (notamment celles fondées sur la propriété de biens-fonds, la religion, le sexe, l'origine ethnique) est faible, un tel lien rationnel existe manifestement lorsque la distinction vise les auteurs d'infractions criminelles graves. La notion de « citoyens responsables » ne renvoie pas au sexe, à la race ou à la religion, mais se rattache logiquement au fait qu'une personne se livre ou non à une activité criminelle grave.

Un autre aspect de cette différence qualitative est que l'auteur d'un acte criminel grave est privé du droit de vote parce qu'il fait l'objet d'une peine.

punishment. The disenfranchisement only lasts as long as the period of incarceration. Thus, disenfranchisement, as a dimension of punishment, is attached to and mirrors the fact of incarceration. This fact makes the Canadian experience significantly different from the situation in some American states which disenfranchise ex-offenders for life, a situation addressed by many American academics: see, for example, L. H. Tribe, “The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and ‘The Purity of the Ballot Box’” (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

It is important to look at prisoner disenfranchisement from the perspective of each serious criminal offender rather than perceive it as a form of targeted group treatment. Disenfranchised prisoners can be characterized loosely as a group, but what is important to realize is that each of these prisoners has been convicted of a serious criminal offence and is therefore serving a personalized sentence which is proportionate to the act or acts committed. Punishment is guided by the goals of denunciation, deterrence, rehabilitation and retribution and is intended to be morally educative for incarcerated serious criminal offenders. Each prisoner’s sentence is a temporary measure aimed at meeting these goals, while also being aimed at the long-term objective of reintegration into the community.

The reasons of the Chief Justice express the view that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders necessarily undermines their inherent “worth” or “dignity.” I disagree. In fact, it could be said that the notion of punishment is predicated on the dignity of the individual: it recognizes serious criminals as rational, autonomous individuals who have made choices. When these citizens exercise their freedom in a criminal manner, society imposes a concomitant responsibility for that choice. As Professor J. Hampton, one of the Crown’s experts, writes in an article cited by Linden J.A. below, “Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law” (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23, at p. 43:

Cette privation ne dure que le temps de l’incarcération. En tant qu’élément de la peine, elle est donc liée à l’incarcération et en est le reflet. La situation au Canada est donc très différente de celle qui existe dans certains États américains, où un ex-détenu perd à vie le droit de vote; de nombreux universitaires américains en ont traité : voir, par exemple, L. H. Tribe, « The Disenfranchisement of Ex-Felons : Citizenship, Criminality, and “The Purity of the Ballot Box” » (1989), 102 *Harv. L. Rev.* 1300.

Il importe de considérer la privation du droit de vote selon la perspective de chaque auteur d’actes criminels graves et non de la voir comme un traitement réservé à un groupe en particulier. On peut qualifier les prisonniers privés du droit de vote comme constituant en quelque sorte un groupe, mais il importe de se rappeler que chacun d’eux a été déclaré coupable d’un acte criminel grave et purge donc une peine personnalisée et déterminée en fonction de cet acte. La peine est infligée dans un but de réprobation, de dissuasion, de réadaptation et de punition et elle vise l’éducation morale des prisonniers qui ont commis des actes criminels graves. Il s’agit pour chaque prisonnier d’une mesure temporaire visant la réalisation de ces objectifs, y compris, à long terme, la réinsertion sociale.

D’après les motifs du Juge en chef, le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves porte nécessairement atteinte à leurs « valeur » ou « dignité » intrinsèques. Je ne suis pas d’accord. En fait, on pourrait dire que la notion de punition repose sur la dignité de la personne : elle reconnaît en l’auteur d’un acte criminel grave une personne autonome et rationnelle qui a fait des choix. Lorsque ce citoyen exerce sa liberté d’une façon criminelle, la société le tient responsable de ce choix. Comme le dit l’un des experts du ministère public, le professeur J. Hampton, dans un article cité par le juge Linden de la Cour d’appel fédérale et intitulé « Punishment, Feminism, and Political Identity : A Case Study in the Expressive Meaning of the Law » (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23, p. 43 :

72

73

By telling people “you can have your right to vote suspended if, through your actions, you show contempt for the values that make our society possible”, this law links the exercise of freedom with responsibility for its effects. Indeed, *not* to construct a punishment that sends this message is . . . to indirectly undermine the values of a democratic society. [Underlining added; italics in original.]

74 If there is any negative connotation associated with this temporary disenfranchisement, it arises from the fact that a criminal act was perpetrated, an act for which the criminal offender is consequently being punished. This is not stereotyping. Criminal acts are rightly condemned by society. Serious criminals being punished and temporarily disenfranchised are not in any way of less “worth” or “dignity” because social condemnation is of the criminal acts and its purpose is not to diminish the individual prisoner as a person.

75 The argument that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders undermines the inherent “worth” or “dignity” of prisoners presents a potentially problematic line of reasoning. Is it possible to “punish” serious criminals without undermining their “worth”? It must be so. This is inherently recognized in the *Charter* itself insofar that s. 12 only renders unconstitutional punishment that is “cruel and unusual”. The *Criminal Code* and its provisions are declaratory of values, values on which Canadian society rests: see *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 769 and 787. Protecting and enhancing these values through the imposition of punishment for criminal activity is not an affront to dignity. On the contrary, the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders reiterates society’s commitment to the basic moral values which underpin the *Criminal Code*; in this way it is morally educative for both prisoners and society as a whole.

76 The punishment of serious criminal offenders is also aimed at protecting society and the “dignity” and “worth” of those members of society who have been or may become the victims of crime. Punishment is intended to act as a general

[TRADUCTION] En disant au justiciable « vous pouvez perdre votre droit de vote si, par vos actes, vous faites preuve de mépris envers les valeurs qui rendent notre société possible », cette loi lie l’exercice de la liberté à la responsabilité relativement à ses effets. En fait, *ne pas* prévoir un châtimeut qui transmet ce message [. . .] mine indirectement les valeurs d’une société démocratique. [Soulignement ajouté; en italique dans l’original.]

Toute connotation négative associée à cette inhabilitation temporaire découle de la perpétration d’un acte criminel, pour lequel l’auteur est par conséquent puni. Il ne s’agit pas d’un stéréotype. La société condamne à juste titre la criminalité. Le fait que l’auteur d’un acte criminel grave soit puni et temporairement privé du droit de vote n’entraîne en aucun cas une diminution de sa « valeur » ou de sa « dignité » puisque la réprobation sociale vise l’acte criminel et que son objet n’est pas de diminuer le prisonnier en tant que personne.

L’argument selon lequel le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves sape la « valeur » ou la « dignité » intrinsèques des prisonniers repose sur un raisonnement qui peut être problématique. Est-il possible de « punir » l’auteur d’une infraction grave sans compromettre sa « valeur »? Il doit en être ainsi. La *Charte* le reconnaît implicitement dans la mesure où l’art. 12 ne rend inconstitutionnelles que les peines « cruelles et inusitées ». Le *Code criminel* énonce des valeurs, et c’est sur ces valeurs que repose la société canadienne : voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 769 et 787. La protection et le renforcement de ces valeurs par l’imposition d’une peine pour l’activité criminelle ne portent pas atteinte à la dignité. Au contraire, le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves traduit l’engagement de la société à défendre les valeurs morales fondamentales qui sous-tendent le *Code criminel*; en ce sens, il contribue à l’éducation morale à la fois pour les prisonniers et pour l’ensemble de la société.

Punir les auteurs d’actes criminels graves vise également à protéger la société et à préserver la « dignité » et la « valeur » des membres de la société qui ont été victimes de tels actes ou qui pourraient l’être. La punition se veut dissuasive vis-à-vis

deterrent to potential criminals and as a specific deterrent *vis-à-vis* incarcerated persons. *Charter* analysis is meant to consider the *Charter* rights of other members of society: see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 187; *Keegstra*, *supra*, at p. 756. Serious criminal activity is clearly often an affront to numerous *Charter* values.

III. The Right to Vote in Section 3 of the *Charter*

The current status of the vote in Canada is that all citizens are empowered to vote in federal elections, save incarcerated offenders who are disenfranchised by s. 51(e) of the Act (now continued in substantially the same form at s. 4(c) of the Act (S.C. 2000, c. 9)), the Chief and Assistant Chief Electoral Officers, and persons under the age of 18 as of polling day. The most recent changes to the scope of the franchise were made by Parliament in 1993, when the disqualifications of federally appointed judges and persons suffering from “mental disease” were removed: S.C. 1993, c. 19, s. 23 amending s. 51 of the Act, and s. 24 which added s. 51.1. These modifications included s. 51(e), which disqualified incarcerated persons serving sentences of two years or more. It was already enacted at the time this Court heard the first *Sauvé* case, [1993] 2 S.C.R. 438 (the “first *Sauvé* case”), but since it was inapplicable to the case under appeal, the Court did not comment on it.

The respondents conceded that s. 3 of the *Charter* has been infringed by s. 51(e) of the Act. I would like to sound a cautionary note regarding the appropriateness of concessions of infringement. The specific problem with such a concession is that it may deprive the courts of the benefit of the fruitful argument which most often occurs at that initial phase of the analysis, in defining the scope of the right, particularly with regard to historical and philosophical context. The development of contextual factors examined with regard to the scope of the right is of great importance since they clearly “animate” the later stages of the test elaborated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; see McLachlin J.

des criminels éventuels en général et des prisonniers en particulier. L’analyse fondée sur la *Charte* doit tenir compte des droits que celle-ci garantit aux autres membres de la société : voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 187; *Keegstra*, précité, p. 756. Souvent, l’activité criminelle grave constitue clairement un affront à de nombreuses valeurs inhérentes à la *Charte*.

III. Le droit de vote garanti à l’art. 3 de la *Charte*

À l’heure actuelle, tous les citoyens canadiens ont le droit de voter aux élections fédérales, sauf le détenu visé à l’al. 51e) de la Loi (qui est repris essentiellement sous le libellé à l’al. 4c) de la Loi (L.C. 2000, ch. 9)), le directeur général des élections et le directeur général adjoint des élections, de même que les personnes qui n’ont pas 18 ans révolus le jour du scrutin. C’est en 1993 que les modifications les plus récentes ont été apportées à la composition de l’électorat. Le législateur a alors supprimé l’incapacité qui frappait les juges nommés par le gouvernement fédéral et les personnes atteintes de « maladie mentale » : L.C. 1993, ch. 19, art. 23 qui modifie l’art. 51 de la Loi, et l’art. 24 qui ajoute l’art. 51.1. L’alinéa 51e), qui prive du droit de vote toute personne incarcérée purgeant une peine de deux ans ou plus, a alors été adopté. Il était déjà en vigueur lorsque la Cour a entendu la première affaire *Sauvé*, [1993] 2 R.C.S. 438 (la « première affaire *Sauvé* »), mais comme il ne s’appliquait pas aux circonstances du pourvoi, la Cour ne s’est pas prononcée à son sujet.

Les intimés ont reconnu que l’al. 51e) de la Loi portait atteinte à l’art. 3 de la *Charte*. Je tiens à faire une mise en garde quant à l’opportunité d’un tel aveu. Les tribunaux peuvent en effet perdre le bénéfice de l’échange fructueux qui se produit le plus souvent à cette étape initiale de l’analyse, lorsqu’il s’agit de délimiter la portée du droit en tenant compte, tout particulièrement, des contextes historique et philosophique. Les facteurs contextuels examinés dans le cadre de la portée du droit revêtent une grande importance, car ils « animent » clairement les dernières étapes de l’analyse explicitée dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 : voir le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Renvoi* :

77

78

(as she then was) in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 182. The following comment, which I shared with L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. in *Sharpe*, *supra*, at para. 151, is equally apposite here: "it is unfortunate that the Crown conceded that the right to free expression was violated in this appeal in all respects, thereby depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(b) as it applies in this case".

IV. Section 1 of the Charter

A) *Oakes: Flexibility and Context*

79

To decide whether the limit upon the s. 3 *Charter* right found in s. 51(e) of the Act is justified, one must determine whether it constitutes a "reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society". Pursuant to the test formulated in *Oakes*, *supra*, this analysis proceeds in two stages. At the preliminary phase, it must be determined whether the objective behind the limit is of sufficient importance to justify overriding a *Charter* right. At the second stage, we must consider whether the legislative measure chosen is rationally connected to the legislative objective, whether the measure minimally impairs the *Charter* right which has been infringed, and finally whether the effects of the measure are proportional to the significance of the objective and whether the salutary and deleterious effects of the measure are proportional.

80

When engaging in *Charter* analysis, context and flexibility are highly relevant. The need for flexibility in the application of the *Oakes* test was noted by La Forest J. in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

Circonscriptions électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158, p. 182. L'extrait suivant des motifs que j'ai rendus conjointement avec les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache dans *Sharpe*, précité, par. 151, est également à propos : « il est malheureux, à notre avis, que le ministère public ait reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression dans la présente affaire et qu'il ait ainsi privé la Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2b) qui s'applique en l'espèce ».

IV. L'article premier de la Charte

A) *L'arrêt Oakes : la souplesse et le contexte*

Pour décider si la restriction qu'apporte l'al. 51e) de la Loi au droit garanti par l'art. 3 de la *Charte* est justifiée, il faut se demander si le droit est restreint « 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 ». Selon le critère formulé dans *Oakes*, précité, cette analyse comporte deux volets. Tout d'abord, il faut déterminer si l'objectif de la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. Deuxièmement, il faut se demander s'il existe un lien rationnel entre la mesure législative adoptée et l'objectif en question, si la mesure porte le moins possible atteinte au droit constitutionnel en cause puis, enfin, s'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et l'importance de l'objectif et si les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure sont proportionnés.

Il est très important de tenir compte du contexte et de faire preuve de souplesse en procédant à l'analyse fondée sur la *Charte*. Dans *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, p. 1489-1490, le juge La Forest a signalé la nécessité d'appliquer avec souplesse le critère dégagé dans l'arrêt *Oakes* :

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes 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.

Dickson C.J. adopted the above passage in his majority reasons in *Keegstra, supra*, and he went on to state at pp. 737-38:

. . . I hope it is clear that a rigid or formalistic approach to the application of s. 1 must be avoided. The ability to use s. 1 as a gauge which is sensitive to the values and circumstances particular to an appeal has been identified as vital in past cases . . . The sentiments of La Forest J. correctly suggest that the application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake.

Factual, social, historical, and political context provides a backdrop which is essential to develop in order to properly analyse what is at stake in the case of an alleged infringement of a right. As Bastarache J. noted in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87:

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right. [Emphasis added.]

See also *Sharpe, supra*, at paras. 132 and 156.

L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. and myself in *Sharpe, supra*, at para. 153, noted that it is by virtue of attention to context that courts come to consider other communal values which must be addressed in s. 1 analysis:

While the guidelines set out in *Oakes* provide a useful analytical framework for the practical application of s. 1, it is important not to lose sight of the underlying purpose of that section, namely to balance individual rights and our communal values. Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be

Dans *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a repris cet extrait dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité et il a ajouté aux p. 737-738 :

J'ose espérer qu'il ressort clairement [. . .] que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence [. . .] Le juge La Forest indique avec raison que l'application de la méthode de l'arrêt *Oakes* variera en fonction des circonstances de l'instance, notamment la nature des intérêts en jeu.

Le contexte factuel, social, historique et politique constitue une toile de fond qu'il est essentiel de déployer pour analyser convenablement ce qui est en jeu dans une affaire d'atteinte alléguée à un droit. Comme le juge Bastarache l'a signalé dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87 :

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

Voir également *Sharpe*, précité, par. 132 et 156.

Dans *Sharpe*, précité, par. 153, les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et moi-même avons fait remarquer que c'est en portant attention au contexte que les tribunaux en arrivent à tenir compte des autres valeurs collectives dont il faut tenir compte dans l'analyse fondée sur l'article premier :

Même si les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Oakes* offrent un cadre analytique utile pour l'application pratique de l'article premier, il importe de ne pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de cet article, qui est d'établir un équilibre entre les droits individuels et nos valeurs collectives. Lorsqu'ils sont appelés à déterminer

sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy.

These other communal values have a legitimate role to play in *Charter* analysis. As stated by Dickson C.J. in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056: “There are many diverse values that deserve protection in a free and democratic society such as that of Canada, only some of which are expressly provided for in the *Charter*.”

83 In the case at bar, given that the context involves evaluating choices regarding social or political philosophies and relates to shaping, giving expression, and giving practical application to communal values, it is of the utmost significance.

B) *Section 3 is Subject to Section 1*

84 The flexible contextual approach to s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test necessitates that this Court keep in mind first principles. The right to vote for all citizens is clearly encapsulated in s. 3 of the *Charter* and, by the terms of s. 1, it is subject to “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. The right, therefore, is not absolute, but is qualified — as are all rights under the *Charter* — by s. 1. A violation of the *Charter* only manifests after the s. 1 inquiry has been entertained, since s. 1 permits and envisions that the rights and freedoms enshrined in the *Charter* are capable of such limitation.

85 An examination of the development of the language of s. 3 when the wording of the *Charter* was being reviewed by the Special Joint Committee on the Constitution evidences Parliament’s intent that s. 3 must be read as subject to s. 1 limitations. Professor P. W. Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), offers the following commentary regarding an earlier version of the language of s. 3, at p. 42-2, fn. 12:

si une atteinte est justifiée au sens de l’article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie.

Ces autres valeurs collectives ont un rôle légitime à jouer dans l’analyse relative à la *Charte*. Comme l’a dit le juge en chef Dickson dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056 : « [i]l existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d’être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d’entre elles sont expressément prévues dans la *Charte* ».

En l’espèce, étant donné que son examen implique l’évaluation de choix concernant différentes philosophies sociales ou politiques et touche au façonnage, à l’expression et à l’application pratique de valeurs collectives, le contexte revêt la plus grande importance.

B) *L’article 3 est subordonné à l’article premier*

L’application contextuelle et souple de l’article premier de la *Charte* et du critère de l’arrêt *Oakes* exige que la Cour garde présents à l’esprit les principes premiers. L’article 3 de la *Charte* accorde clairement le droit de vote à tout citoyen et, vu le libellé de l’article premier, ce droit peut être restreint « 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 ». Il s’agit donc d’un droit non pas absolu, mais limité — comme tous les droits garantis par la *Charte* — par l’article premier. On ne peut conclure à une violation de la *Charte* qu’à l’issue de l’analyse fondée sur l’article premier puisque cette disposition autorise et prévoit la restriction d’un droit ou d’une liberté garanti par la *Charte*.

Le libellé de l’art. 3 tel qu’il existait lors de la révision de la *Charte* par le Comité spécial mixte sur la Constitution montre que l’intention du législateur était que cet article soit interprété comme étant subordonné aux restrictions prévues à l’article premier. Dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), le professeur P. W. Hogg commente ainsi une version antérieure de l’art. 3 (à la p. 42-2, note 12) :

Section 3 of the Charter was in the October 1980 version in the following terms:

3. Every citizen of Canada has, without unreasonable distinction or limitation, the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

The April 1981 version contained the final version of s. 3. In the final version the words “without unreasonable distinction or limitation” are deleted. The reason for the deletion was, no doubt, that the words were redundant having regard to s. 1. [Emphasis added.]

The Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee on the Constitution of Canada, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 43:79 - 43:90, support this statement: that Committee decided to remove the built-in limitation within s. 3 simply because s. 1 was intended to apply to s. 3 and allow demonstrably justifiable limitations to survive constitutional scrutiny.

This general approach to s. 3 does not mean that justificatory concerns play a role in defining the content of s. 3, or that the right to vote necessarily has inherent limitations within it. This proposition was rejected by the majority of this Court in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at paras. 29-32. It does mean that the specific context needs to be brought into the s. 1 Charter test for the balancing of interests, since s. 3, like all Charter rights, is not absolute. This is similar to the approach advocated in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61, where McLachlin J. and Iacobucci J. stressed:

. . . the importance of interpreting rights in a contextual manner — not because they are of intermittent importance but because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights or values at play in particular circumstances.

To graphically illustrate the above as it might be applied to prisoners, one may ask the question: could a prisoner argue successfully that, by reason of his incarceration, there was a violation of s. 6(1)

[TRANSLATION] L'article 3 de la Charte, dans sa version d'octobre 1980, est ainsi libellé :

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales; ce droit ne peut, sans motif valable, faire l'objet d'aucune distinction ou restriction.

La version d'avril 1981 correspond au libellé définitif de l'art. 3. L'énoncé « ce droit ne peut, sans motif valable, faire l'objet d'aucune distinction ou restriction » n'y figure plus. La raison en est sans doute la redondance avec l'article premier. [Je souligne.]

Les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada, fascicule n° 43, le 22 janvier 1981, p. 43:79 à 43:90, étayaient cette thèse : le Comité a supprimé la restriction prévue à l'art. 3 simplement parce que l'intention du législateur était que l'article premier s'applique à l'art. 3 et permette à une restriction de résister à l'examen constitutionnel lorsque sa justification peut se démontrer.

Cette façon générale d'aborder l'art. 3 ne signifie pas que les préoccupations en matière de justification jouent un rôle dans la définition de la teneur de l'art. 3 ou que le droit de vote comporte nécessairement des restrictions inhérentes. La Cour à la majorité a d'ailleurs écarté cette possibilité dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 29-32. Elle signifie que le contexte particulier de l'espèce doit être soumis à l'analyse fondée sur l'article premier pour la pondération des intérêts en cause, étant donné que, à l'instar de tous les droits garantis par la Charte, celui conféré à l'art. 3 n'est pas absolu. Cette démarche s'apparente à celle préconisée dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61, où le juge McLachlin et le juge Iacobucci ont souligné :

. . . l'importance de donner aux droits une interprétation fondée sur le contexte — non parce qu'ils ont une importance sporadique, mais parce qu'ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières.

La question suivante illustre bien l'application de ce qui précède aux faits de l'espèce : un prisonnier pourrait-il convaincre une cour de justice que son incarceration porte atteinte au par. 6(1) de la Charte,

of the *Charter*, which guarantees that “[e]very citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada”? It would border on the ludicrous to suggest that a limitation on this right was not possible under s. 1 of the *Charter*.

88 In the same vein, what of the s. 3 *Charter* guarantee that every citizen has a right to be qualified for membership in the House of Commons? Must a prisoner have the right to stand as a candidate? Were an incarcerated offender to be elected, would he or she have a right to be released from prison to take up that representative role?

89 To construe s. 3 as an absolute right presents other problems. For example, currently only persons of the age of 18 or older are permitted to vote. How, then, can there be a justification for denying the vote to a politically mature 16 or 17 year-old? To justify this line, would Parliament have to resort to the argument that persons below the age of majority are not, in some sense, citizens in the fullest sense? The answer must simply lie in the fact that s. 1 allows Parliament to make such choices as long as they are rational and reasonable limitations which are justified in a free and democratic society.

C) *Justification Under Section 1 Where the Context Involves Competing Social or Political Philosophies*

90 Generally, the result of a concession of a breach of a right is that the burden for justifying the infringement falls to the Crown. With regard to the standard of proof for s. 1 analysis, the civil standard of the balance of probabilities applies, and it is important to stress that this standard does not require scientific proof: *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 39. The application of common sense to what is known will suffice, even if this falls short of a scientific standard: McLachlin J. at para. 137 of *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. Justification can be based upon reason, logic, common sense, and knowledge of human nature: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 524, referring to *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927,

qui prévoit que « [t]out citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir »? Laisser entendre que la restriction de ce droit n’est pas possible en application de l’article premier de la *Charte* frôlerait le ridicule.

Dans le même ordre d’idée, qu’en est-il de l’éligibilité de tout citoyen aux élections législatives fédérales garantie à l’art. 3? Un prisonnier doit-il avoir le droit de se porter candidat? S’il était élu, aurait-il droit à une mise en liberté pour exercer sa fonction de député?

Tenir pour absolu le droit garanti à l’art. 3 soulève d’autres problèmes. Par exemple, seules les personnes âgées de 18 ans ou plus sont actuellement habiles à voter. Comment peut-on alors justifier qu’un jeune de 16 ou 17 ans sensibilisé aux questions politiques soit privé du droit de vote? Pour justifier cette restriction, le législateur devrait-il faire valoir que, d’une certaine manière, les mineurs ne sont pas des citoyens à part entière? La solution doit simplement s’appuyer sur le fait que l’article premier autorise le législateur à faire de tels choix, à condition que les restrictions soient rationnelles et raisonnables et puissent être justifiées dans le cadre d’une société libre et démocratique.

C) *La justification en application de l’article premier en présence de philosophies sociales ou politiques opposées*

En règle générale, lorsque l’État reconnaît qu’il y a atteinte à un droit, il lui incombe de justifier cette atteinte. La norme de preuve à respecter pour l’analyse fondée sur l’article premier est celle qui s’applique en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités; précisons que, suivant cette norme, aucune preuve scientifique n’est exigée : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 39. L’application du bon sens à ce qui est connu suffit, même si cela ne respecte pas la norme de preuve scientifique : le juge McLachlin, dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137. La justification peut s’appuyer sur la raison, la logique, le bon sens et la connaissance de la nature humaine : voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 524, où sont cités les

and *Keegstra, supra*. In the case at bar, there is very little quantitative or empirical evidence either way. In such cases, the task of justification relates to the analysis of human motivation, the determination of values, and the understanding of underlying social or political philosophies — it truly is justification rather than measurement.

Justifying, therefore, is not a matter of one value clearly prevailing over the other, but is rather a matter of developing the significance of the values being dealt with and asking whether Parliament, in its attempt to reconcile competing interests, has achieved a rational and reasonable balance. Proportionality, in the context of *Charter* analysis, does not mean a perfect solution, as any balance arising from competing interests will involve preferring one value over the other to some extent.

As emerges from the submissions before this Court, there seem generally to be two options available for dealing with the issue at hand. The first, that chosen by the Chief Justice, is to prefer an inclusive approach to democratic participation for serious criminal offenders incarcerated for two years or more. This view locates democratic participation as a central dimension of rehabilitation, insofar as the incarcerated offenders remain citizens with the fullest exercise of their democratic rights. By the same token, the unrestricted franchise enhances democratic legitimacy of government, and confirms or enhances the citizenship or standing of prisoners in society. To do otherwise, it is suggested, undermines the “dignity” or “worth” of prisoners. The alternative view, adopted by Parliament, considers that the temporary suspension of the prisoner’s right to vote, in fact, enhances the general purposes of the criminal sanction, including rehabilitation. It does so by underlining the importance of civic responsibility and the rule of law. This approach sees the temporary removal of the vote as a deterrent to offending or re-offending and the return of the vote as an inducement to reject further criminal conduct. In withdrawing for a time one expression of political participation concurrently with personal freedom,

arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Keegstra*, précité. En l’espèce, la preuve quantitative ou empirique étayant l’une ou l’autre des thèses avancées est très mince. En pareil cas, la démarche de justification tient à l’analyse de la motivation humaine, à la détermination de valeurs et à la compréhension des philosophies sociales ou politiques sous-jacentes; il s’agit vraiment d’une justification, et non d’un calcul.

La justification ne consiste donc pas à établir qu’une valeur l’emporte clairement sur une autre, mais bien à dégager la signification des valeurs en cause et à se demander si le législateur, afin de concilier des intérêts opposés, a réalisé un équilibre à la fois rationnel et raisonnable. Dans le contexte de l’analyse fondée sur la *Charte*, la proportionnalité ne s’entend pas d’une solution parfaite, puisque toute pondération d’intérêts opposés implique qu’une valeur est jusqu’à un certain point privilégiée par rapport à une autre.

Dans l’ensemble, il semble ressortir des arguments présentés à la Cour deux démarches permettant de trancher la question que soulève le présent pourvoi. La première, celle choisie par le Juge en chef, peut être qualifiée d’inclusive et reconnaît à l’auteur d’un acte criminel grave incarcéré pour deux ans ou plus le droit de prendre part au processus démocratique. Elle situe la participation démocratique au cœur de la réadaptation, dans la mesure où le détenu demeure un citoyen apte à exercer pleinement ses droits démocratiques. De ce fait, le droit de vote sans restriction renforce la légitimité du gouvernement et confirme ou rehausse la qualité de citoyen du prisonnier ou sa position sociale. Les tenants de cette démarche laissent entendre que, s’il en était autrement, la « dignité » ou la « valeur » des prisonniers serait compromise. Selon l’autre point de vue, adopté par le législateur, le retrait temporaire du droit de vote au prisonnier favorise, en fait, la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale, y compris la réadaptation, car il souligne l’importance de la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. Selon ses tenants, la perte temporaire du droit de vote serait de nature à décourager la commission d’une infraction ou la récidive, et la perspective de le recouvrer inciterait le détenu

91

92

the significance of both are enhanced. Rather than undermine the dignity or worth of prisoners, the removal of their vote takes seriously the notion that they are free actors and attaches consequences to actions that violate certain core values as expressed in the *Criminal Code*.

93

Both of these approaches, however, entail accepting logically prior political or social philosophies about the nature and content of the right to vote. The former approach, that accepted by the reasons of the Chief Justice, entails accepting a philosophy that preventing criminals from voting does damage to both society and the individual, and undermines prisoners' inherent worth and dignity. The latter approach also entails accepting a philosophy, that not permitting serious incarcerated criminals to vote is a social rejection of serious crime which reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community. Both of these social or political philosophies, however, are aimed at the same goal: that of supporting the fundamental importance of the right to vote itself. Further, both of these social or political philosophies are supported by the practices of the various Canadian provinces, the practices of other liberal democracies, and academic writings. Finally, neither position can be proven empirically — rather, the selection of one over the other is largely a matter of philosophical preference. What is key to my approach is that the acceptance of one or the other of these social or political philosophies dictates much of the constitutional analysis which ensues, since the reasonableness of any limitation upon the right to vote and the appropriateness of particular penal theories and their relation to the right to vote will logically be related to whether or not the justification for that limitation is based upon an “acceptable” social or political philosophy.

94

The reasons of the Chief Justice hold, at para. 18, that the challenge of the government is to present a

à renoncer à l'activité criminelle. L'exclusion temporaire d'une forme de participation politique jumelée à la privation de liberté accroît la signification de l'une et de l'autre. Loin de saper la dignité ou la valeur des prisonniers, le retrait du droit de vote renforce la notion que ce sont des personnes libres de leurs actes et attache des conséquences aux actions qui violent certaines valeurs fondamentales exprimées dans le *Code criminel*.

Toutefois, ces deux démarches supposent logiquement que l'on adhère préalablement à une philosophie politique ou sociale donnée concernant la nature et la teneur du droit de vote. La première, celle acceptée par le Juge en chef, suppose l'adhésion au principe selon lequel le fait d'empêcher des criminels de voter porte préjudice tant à la société qu'à la personne et sape la valeur et la dignité intrinsèques des prisonniers. La seconde s'appuie également sur un principe philosophique : priver du droit de vote un détenu ayant perpétré un acte criminel grave emporte la réprobation sociale de cet acte. Il s'agit de l'application d'un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l'importance du lien entre les individus et la collectivité. Cependant, ces deux philosophies sociales ou politiques ont le même objectif : affirmer l'importance fondamentale du droit de vote comme tel. En outre, elles trouvent toutes deux des appuis dans les pratiques suivies dans différentes provinces canadiennes et dans d'autres démocraties libérales, ainsi que dans les traités de doctrine. Enfin, aucune de ces deux positions ne peut être prouvée empiriquement. Le choix de l'une plutôt que l'autre tient essentiellement à une préférence philosophique. L'élément clé de mon raisonnement est que l'adhésion à l'une ou l'autre philosophie sociale ou politique détermine en grande partie l'analyse constitutionnelle qui s'ensuit, car le caractère raisonnable de toute restriction du droit de vote et la pertinence de certaines théories pénales et leur lien avec le droit de vote dépendront logiquement de la question de savoir si la justification de la restriction se fonde sur une philosophie sociale ou politique « acceptable ».

Au paragraphe 18 de ses motifs, le Juge en chef dit que le défi pour le gouvernement est de

justification that is “convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has”. I agree with this test, subject only to a recognition that as the context of the case at bar involves evaluating competing social or political philosophies, the analysis runs the risk of lapsing into the realm of *ipse dixit*. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration.

The reasons of the Chief Justice apply something seemingly more onerous than the “justification” standard referred to just above. She describes the right to vote as a “core democratic right” and suggests that its exemption from the s. 33 override somehow raises the bar for the government in attempting to justify its restriction (paras. 13 and 14). This altering of the justification standard is problematic in that it seems to be based upon the view that there is only one plausible social or political philosophy upon which to ground a justification for or against the limitation of the right. This approach, however, is incorrect on a basic reading of s. 1 of the *Charter*, which clearly does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society.

The analysis cannot be skirted by qualifying the right to vote as a core democratic right. It does not follow from the fact that Parliament is denied the authority to remove or qualify the right to vote in its sole discretion under s. 33 that limitations on that right may not be justified under s. 1, or that a more onerous s. 1 analysis must necessarily apply. Constitutional writers and commentators point out that s. 33 was a political compromise, meant to bring together provinces opposed to the

présenter une justification qui soit « convaincante, c’est-à-dire qu’il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l’État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question ». Je souscris à cette norme. Je signale cependant que, comme le contexte en l’espèce exige l’appréciation de philosophies sociales ou politiques opposées, l’analyse comporte le risque que l’on s’en remette à de simples assertions (*ipse dixit*). Devant des philosophies sociales ou politiques opposées, le principal facteur à prendre en considération pour ce qui est de la justification en vertu de l’article premier est le caractère raisonnable.

Dans ses motifs, le Juge en chef applique une norme qui semble plus exigeante que celle de la « justification » mentionnée précédemment. Elle décrit le droit de vote comme étant un « droit démocratique fondamental » et laisse entendre que le fait qu’il ne puisse faire l’objet d’une dérogation fondée sur l’art. 33 place en quelque sorte la barre haute pour le gouvernement lorsque vient le temps d’en justifier la restriction (par. 13 et 14). L’adoption de cette nouvelle norme de justification est problématique en ce sens qu’elle paraît fondée sur l’avis qu’une seule philosophie sociale ou politique plausible est susceptible de justifier la restriction ou la non-restriction du droit. Elle est erronée au vu du libellé de l’article premier de la *Charte*. Il est clair que cette disposition n’oblige pas le législateur ni n’autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d’annuler une restriction qui n’est pas raisonnable et qui ne peut être justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

On ne peut éluder l’analyse en qualifiant le droit de vote de droit démocratique fondamental. Le fait que le Parlement n’a pas le pouvoir de retirer le droit de vote ou de l’assortir de conditions à sa seule discrétion selon l’art. 33 ne signifie pas qu’il est impossible de justifier une restriction à ce droit en vertu de l’article premier ni qu’il faut absolument appliquer un critère de justification plus strict pour une analyse fondée sur l’article premier. Des auteurs et commentateurs constitutionnels ont fait

entrenchment of constitutional rights, with those in favour: P. Macklem et al., *Canadian Constitutional Law* (2nd ed. 1997), at pp. 597 and 646. Indeed Macklem et al. write at p. 597: “Added to the Charter at the last moment, this controversial provision captured the final political compromise among the provinces and federal government that facilitated the adoption of the Charter”. There is little evidence of the intention behind excluding democratic rights (along with mobility rights, language rights, and enforcement provisions) from the ambit of s. 33, nor has this Court ever seriously considered the significance of such exclusion. The Chief Justice’s conclusion at para. 11 that “[t]he framers of the *Charter* signaled the special importance of this right . . . by exempting it from legislative override . . .” requires examination before it can be used as support for nearly insulating the right to vote from s. 1 limitations. In fact, s. 33 and s. 1 are clearly different in their purpose, and the *Charter* clearly distinguishes their application to the right to vote. It does not behoove the Court to read s. 33 into s. 3 by finding in s. 3, when divorced from s. 1, the statement of a political philosophy which preempts another political philosophy which is reasonable and justified under the latter section. The *Charter* was not intended to monopolize the ideological space.

remarquer que l’art. 33 représentait un compromis politique, destiné à rapprocher les provinces hostiles à la consécration des droits constitutionnels et celles qui étaient en sa faveur : P. Macklem et autres, *Canadian Constitutional Law* (2^e éd. 1997), p. 597 et 646. Voici ce qui est écrit à la p. 597 : [TRADUCTION] « Ajoutée à la Charte au dernier moment, cette disposition controversée représente le compromis politique de dernière heure entre les provinces et le gouvernement fédéral qui a facilité l’adoption de la Charte ». Il existe peu de preuve de l’intention du législateur quant à l’exclusion des droits démocratiques (au même titre que la liberté de circulation et d’établissement, les droits linguistiques et les dispositions sur les recours) du champ d’application de l’art. 33. Par ailleurs, la Cour n’a jamais sérieusement examiné l’importance d’une telle exclusion. La conclusion du Juge en chef au par. 11 selon laquelle « [l]es rédacteurs de la *Charte* ont souligné l’importance privilégiée que revêt ce droit [. . .] en le soustrayant à l’application de l’art. 33 (clause de dérogation) » doit faire l’objet d’un examen avant que l’on puisse l’invoquer pour quasiment isoler le droit de vote des restrictions prévues à l’article premier. En fait, l’art. 33 et l’article premier ont des objets manifestement différents, et la *Charte* établit une distinction claire quant à leur application au droit de vote. Il n’appartient pas à la Cour d’interpréter l’art. 3 en fonction de l’art. 33 en trouvant dans l’art. 3, pris indépendamment de l’article premier, l’énoncé d’une philosophie politique qui en écarte une autre, raisonnable et justifiée en vertu de l’article premier. La *Charte* n’a pas été conçue en vue de monopoliser l’espace idéologique.

97

There is a flaw in an analysis which suggests that because one social or political philosophy can be justified, it necessarily means that another social or political philosophy is not justified: in other words, where two social or political philosophies exist, it is not by approving one that you disprove the other. Differences in social or political philosophy, which result in different justifications for limitations upon rights, are perhaps inevitable in a pluralist society. That having been said, it is only those limitations which are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society which are unconstitutional. Therefore, the most significant analysis in

Est vicié le raisonnement selon lequel, lorsqu’une philosophie sociale ou politique peut être justifiée, il s’ensuit nécessairement qu’une autre ne l’est pas. En d’autres termes, en présence de deux philosophies sociales ou politiques, l’approbation de l’une n’emporte pas la réfutation de l’autre. Les divergences philosophiques d’ordre social ou politique qui donnent lieu à différentes justifications de restrictions apportées à des droits sont peut-être inévitables dans une société pluraliste. Cela dit, seules sont inconstitutionnelles les restrictions qui ne sont pas raisonnables ou dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et

this case is the examination of the social or political philosophy underpinning the justification advanced by the Crown. This is because it will indicate whether the limitation of the right to vote is reasonable and is based upon a justification which is capable of being demonstrated in a free and democratic society. If the choice made by Parliament is such, then it ought to be respected. The range of choices made by different legislatures in different jurisdictions, which I will review below, supports the view that there are many resolutions to the particular issue at bar which are reasonable; it demonstrates that there are many possible rational balances.

The role of this Court, when faced with competing social or political philosophies and justifications dependent on them, is therefore to define the parameters within which the acceptable reconciliation of competing values lies. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether or not the policy position chosen is an acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*. This was the view advanced by Linden J.A. for the Court of Appeal ([2000] 2 F.C. 117, at para. 60):

Whether paragraph 51(e) of the Act is good penal policy or good public policy is not at issue in this appeal. It is not the role of this Court to decide what works with regard to penal policy and what does not. It is not the role of this Court to determine what theories of penology should be adopted by our elected legislatures. This case is about what, if anything, Parliament may or may not do to interfere with prisoner voting rights within the bounds of section 1 of the Charter. At issue is whether the statutory prohibition is sufficiently tailored and appropriately proportional, or whether Parliament must try again to fashion a still narrower bar, adopt a different approach, or abandon the objective altogether. [Emphasis in original.]

This Court has often affirmed this view that courts must be cautious not to unduly interfere in decisions which involve the balancing of conflicting policy considerations: see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *per* Le Dain J., at p. 392; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, *per* La Forest J., at pp. 522-23;

démocratique. En conséquence, l'analyse la plus déterminante en l'espèce est celle portant sur la philosophie sociale ou politique qui sous-tend la justification invoquée par le ministère public. Cette analyse permettra en effet de déterminer si la restriction du droit de vote est raisonnable et fondée sur une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si tel est le cas de la restriction en cause, le choix du législateur doit être respecté. On peut donc conclure, à partir des solutions retenues dans différents ressorts et dont il est question ci-après, qu'il y a de nombreuses manières raisonnables de régler la question en litige, les dosages rationnels possibles étant multiples.

Face à des philosophies sociales ou politiques opposées et à des justifications fondées sur elles, la Cour est donc appelée à définir les paramètres d'une conciliation acceptable des différentes valeurs en cause. La Cour n'a donc pas à déterminer si le législateur a pris ou non une bonne décision de politique générale, mais plutôt si, parmi les positions de principe qu'autorise la *Charte*, celle qu'il a adoptée est acceptable. C'est le point de vue qu'a exprimé le juge Linden, au nom de la Cour d'appel fédérale ([2000] 2 C.F. 117, par. 60) :

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

La Cour a dit à maintes reprises que les tribunaux devaient éviter toute ingérence indue dans des décisions comportant de la pondération de considérations de principe opposées : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge Le Dain, p. 392; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, le juge

Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources), [1989] 2 S.C.R. 49, per Dickson C.J., at pp. 90-92.

D) *Symbolic Arguments and Evidentiary Problems*

99

A subject that is related to and follows from the above discussion concerning the evaluation of competing social or political philosophies is the role of symbolic arguments in *Charter* adjudication. In the context of the *Charter* analysis, it is important not to downplay the importance of symbolic or abstract arguments. Symbolic or abstract arguments cannot be dismissed outright by virtue of their symbolism: many of the great principles, the values upon which society rests, could be said to be symbolic. In fact, one of the more important dimensions of s. 3 of the *Charter* is clearly its symbolism: the affirmation of political equality reflected in all citizens being guaranteed the right to vote, subject only to reasonable limits prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society. The case at bar concerns debates about symbolism, as the arguments involved relate to abstract concepts such as democracy, rights, punishment, the rule of law and civic responsibility. To choose a narrow reading of rights over the objectives advanced by Parliament is to choose one set of symbols over another.

100

In her reasons, the Chief Justice claims at para. 16 that Parliament is relying on “lofty objectives”, and suggests at para. 23 that the presence of “symbolic and abstract” objectives is problematic. However, the reasons of the Chief Justice have the very same objective — to protect the value of the right to vote and the rule of law — and rely on equally vague concepts. Breaking down the meaning and value of the right to vote, one is unavoidably led to abstract and symbolic concepts such as the rule of law, the legitimacy of law and government, and the meaning of democracy. The Chief Justice discusses these concepts at length, along with theories of

La Forest, p. 522-523; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, le juge en chef Dickson, p. 90-92.

D) *Les arguments symboliques et les problèmes de preuve*

L'exposé qui précède concernant l'appréciation de philosophies sociales ou politiques opposées soulève la question du rôle des arguments symboliques dans le cadre d'un examen fondé sur la *Charte*. Dans ce contexte, il importe de ne pas minimiser l'importance des arguments symboliques ou abstraits. La nature de ces arguments ne justifie pas leur rejet pur et simple : bon nombre des grands principes et des valeurs sur lesquels repose notre société pourraient être qualifiés de symboliques. En fait, ce qui caractérise le plus l'art. 3 de la *Charte* est certainement son caractère symbolique : l'affirmation de l'égalité politique se traduisant par l'octroi du droit de vote à tous les citoyens, sous réserve uniquement d'une restriction 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. Bon nombre des arguments formulés en l'espèce portent sur le symbolisme en ce sens qu'ils comportent des notions abstraites comme la démocratie, les droits, la punition, la primauté du droit et la responsabilité du citoyen. Opter pour une interprétation stricte des droits au détriment des objectifs avancés par le législateur, c'est opter pour un ensemble de symboles au détriment d'un autre.

Dans ses motifs, le Juge en chef soutient au par. 16 que le législateur s'appuie sur de « nobles objectifs » et laisse entendre au par. 23 que la présence d'objectifs « symboliques et abstraits » est problématique. Pourtant les motifs du Juge en chef ont exactement le même objectif — protéger la valeur du droit de vote et la primauté du droit — et reposent sur des notions tout aussi vagues. Pour cerner la signification et la valeur du droit de vote, on doit nécessairement recourir à des concepts abstraits et symboliques, tels la primauté du droit, la légitimité du droit et du gouvernement ainsi que la signification de la démocratie. Le Juge en chef analyse

individual motivation. For instance, relying on the philosopher J. S. Mill, she suggests at para. 38 that “[t]o deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility”. This type of statement is as symbolic, abstract and philosophical as the government’s claim that denying serious incarcerated criminals the right to vote will strengthen democratic values and social responsibility.

Most of the evidence in this case is that of expert opinions on the matters of political theory, moral philosophy, philosophy of law, criminology, correctional policy, and penal theory. I would suggest distinguishing between two kinds of expert evidence in this case. First, there is very limited social scientific evidence, e.g. in the field of criminology, that seeks to establish the practical or empirical consequences of maintaining or lifting the ban on prisoner voting. Second, there is copious expert testimony in the nature of legal and political philosophy. I do not think that the Court need necessarily defer to this second type of expertise, or take into account the “skill” and “reputation” of the experts in weighing this evidence (as the trial judge purported to do at [1996] 1 F.C. 857, at pp. 865-66). First, most if not all of the philosophers or theorists on which these experts rely never in fact even addressed the specific issue of prisoner enfranchisement or disenfranchisement. Second, legal theory expert testimony in this context essentially purports to justify axiomatic principles. Therefore, these arguments are either persuasive or not. In this context, it is appropriate for courts to look not only to such theoretical arguments but also beyond, to factors such as the extent of public debate on an issue, the practices of other liberal democracies and, most especially, to the reasoned view of our democratically elected Parliament.

The evidence in this case, offered by both the appellants and the Crown, is abstract and symbolic and does not lend itself to being easily demonstrated.

longuement ces concepts, se fondant sur des théories de la motivation individuelle. Ainsi, citant le philosophe J. S. Mill au par. 38, elle écrit que « [p]river les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales. » Ce genre de déclaration est aussi symbolique, abstrait et philosophique que la thèse du gouvernement, à savoir que le retrait du droit de vote aux détenus ayant commis des actes criminels graves renforcera les valeurs démocratiques et la responsabilité sociale.

En l’espèce, la preuve est constituée principalement d’avis d’experts en matière de théorie politique, d’éthique, de philosophie du droit, de criminologie, de principes correctionnels et de théorie pénale. Il convient, selon moi, de regrouper ces éléments de preuve dans deux catégories. Premièrement, la preuve relevant des sciences sociales, notamment de la criminologie, et tendant à établir les conséquences pratiques ou empiriques de l’habileté ou de l’incapacité des détenus à voter est très ténue. Deuxièmement, la preuve d’expert est abondante dans le domaine de la philosophie du droit et de la philosophie politique. Je ne crois pas que la Cour doive nécessairement s’en remettre à cette seconde catégorie ou tenir compte de la « compétence » ou de la « renommée » des experts pour soupeser cette preuve (comme le juge de première instance a dit le faire ([1996] 1 C.F. 857, p. 865-866)). Tout d’abord, la plupart des philosophes ou des théoriciens, sinon tous, sur lesquels s’appuient ces experts, n’abordent en fait jamais la question précise du droit de vote des prisonniers. D’autre part, le témoignage d’un théoricien du droit vise essentiellement, dans ce contexte, à justifier des énoncés axiomatiques. Ces arguments sont donc convaincants ou non. Dans ce contexte, les tribunaux doivent tenir compte non seulement de ces arguments théoriques, mais également de facteurs comme l’importance du débat public que suscite une question, les solutions appliquées dans d’autres démocraties libérales et, surtout, l’opinion éclairée de notre Parlement démocratiquement élu.

La preuve offerte tant par les appelants que par le ministère public est abstraite et symbolique et son caractère probant n’est pas facile à établir. Par

For example, it was submitted before this Court that the Crown ought to have to demonstrate actual benefits or actual effectiveness of the provision which Parliament has chosen. On the facts, this is a nearly impossible task. The same demand, however, if made with regard to the effectiveness of the *Criminal Code* in general or in its specific provisions, would raise similar challenges: can it be shown that the *Criminal Code* is generally effective? It is as if to say that because there are still criminals, we ought to do away with the *Criminal Code*, because the existence of crime itself points towards an effectiveness problem. Symbolic or abstract arguments must be examined seriously for what they are, because that is effectively all that is before this Court. Further, one must not deny that the choices between and the interpretation of these symbolic or abstract arguments are clearly connected to significant concrete effects.

103

A key justification before this Court, to be analysed in depth below, is that serious crime reflects contempt for the rule of law and a rejection of the basis for the operation of a free and democratic society. This, if it is symbolic or abstract, reflects a core value of the community, a value that is reflected throughout the *Criminal Code* and in the provision before us today. As will be argued below, this value is based on a reasonable social or political philosophy. Temporarily removing the vote from serious criminal offenders while they are incarcerated is both symbolic and concrete in effect. Returning it on being released from prison is the same.

E) “*Dialogue*” and *Deference*

104

Linden J.A., in the Federal Court of Appeal below, stressed the importance of deference to Parliament. In para. 56 of his reasons, he stated:

This case is another episode in the continuing dialogue between courts and legislatures on the issue of prisoner voting. In 1992 and 1993, two appeal courts and the Supreme Court of Canada held that a blanket disqualification of prisoners from voting, contained in earlier legislation which was challenged, violated section 3 of the Charter and could not be saved by section 1 of

exemple, on a fait valoir devant la Cour qu’il incombaît au ministère public de faire la preuve de l’efficacité ou des avantages réels de la disposition pour laquelle le législateur a opté. Vu les circonstances de l’espèce, il s’agit presque d’une mission impossible. Cependant, si elle visait l’efficacité du *Code criminel* en général, ou de certaines de ses dispositions, cette exigence poserait la même difficulté : peut-on établir l’efficacité générale du *Code criminel*? C’est comme dire : puisqu’il y a encore des criminels, il faut abroger le *Code criminel*, la persistance de la criminalité faisant ressortir son inefficacité. Les arguments symboliques ou abstraits doivent faire l’objet d’un examen sérieux, compte tenu de leur nature, parce qu’ils constituent en fait toute la preuve dont dispose la Cour. De plus, il faut reconnaître que l’interprétation de ces arguments et l’adhésion à l’un d’eux ont manifestement des conséquences importantes sur le plan pratique.

La principale justification avancée en l’espèce, qui fait l’objet d’une analyse approfondie ci-après, est que les actes criminels graves traduisent le mépris de la primauté du droit et le rejet des assises d’une société libre et démocratique. Cet argument, s’il est symbolique ou abstrait, reflète une valeur fondamentale de la collectivité, une valeur qui imprègne toutes les dispositions du *Code criminel*, de même que la disposition contestée en l’espèce. Comme je vais m’employer à le démontrer, cette valeur se fonde sur une philosophie sociale ou politique raisonnable. Priver du droit de vote l’auteur d’un acte criminel grave pour la durée de son incarcération a un effet à la fois symbolique et tangible. Lui rendre ce droit à sa sortie de prison a le même effet.

E) « *Le dialogue* » et la *retenue*

Le juge Linden de la Cour d’appel fédérale a souligné l’importance de faire preuve de retenue vis-à-vis des décisions du Parlement. Voici ce qu’il dit au par. 56 de ses motifs :

L’instance représente un nouvel épisode du dialogue incessant entre les tribunaux et les législatures sur la question du vote des prisonniers. En 1992 et 1993, deux tribunaux d’appel et la Cour suprême du Canada ont statué que l’inhabilité générale des prisonniers à voter, prévue par l’ancienne loi alors contestée, contrevenait à l’article 3 de la Charte et ne pouvait être validée par

the Charter. Parliament responded to this judicial advice by enacting legislation aimed at accomplishing part of its objectives while complying with the Charter. That legislation, which is being challenged in this case, disqualifies from voting only prisoners who are serving sentences of two years or more. [Footnotes omitted.]

This Court has stressed the importance of “dialogue” in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 138-39, and in *Mills, supra*, at paras. 20, 57 and 125. (See also P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.) I am of the view that since this case is about evaluating choices regarding social or political philosophies and about shaping, giving expression, and giving practical application to values, especially values that may lie outside the Charter but are of fundamental importance to Canadians, “dialogue” is of particular importance. In my view, especially in the context of the case at bar, the heart of the dialogue metaphor is that neither the courts nor Parliament hold a monopoly on the determination of values. Importantly, the dialogue metaphor does not signal a lowering of the s. 1 justification standard. It simply suggests that when, after a full and rigorous s. 1 analysis, Parliament has satisfied the court that it has established a reasonable limit to a right that is demonstrably justified in a free and democratic society, the dialogue ends; the court lets Parliament have the last word and does not substitute Parliament’s reasonable choices with its own.

Linden J.A. stressed the need for deference to Parliament’s having chosen to draw a particular line regarding which criminal offences are serious enough to warrant the loss of the vote. I suggest that regardless of the relationship between the timing of the Royal Assent to the modifications to s. 51(e) of the Act and the decision of this Court in the first *Sauvé* case, there has been, generally, “dialogue” undertaken between the courts and Parliament. “Dialogue” has existed insofar as Parliament had been addressing, since well before the decision of the Court of Appeal below, an evaluation of the

l’article premier de la Charte. Le Parlement a réagi à cette opinion judiciaire en édictant des dispositions législatives visant à réaliser en partie ses objectifs, tout en respectant la Charte. Ces dispositions, qui sont contestées en l’espèce, ne privent du droit de vote que les prisonniers qui purgent une peine de deux ans ou plus. [Notes omises.]

La Cour a souligné l’importance du « dialogue » dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 138-139, et *Mills*, précité, par. 20, 57 et 125. (Voir également P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.) La Cour étant appelée à se prononcer sur des choix en matière de philosophies sociales ou politiques et à façonner des valeurs — dont certaines sont susceptibles d’être étrangères à la Charte, mais de revêtir une importance fondamentale pour les Canadiens —, à les formuler et à leur donner une application pratique, j’estime que le « dialogue » s’impose tout particulièrement en l’espèce. À mon sens, surtout dans les circonstances de l’espèce, la métaphore du dialogue signifie que ni les tribunaux ni le Parlement n’ont le monopole de la détermination des valeurs. L’important est que la métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l’article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l’article premier, a convaincu le tribunal qu’il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, le « dialogue » prend fin; les tribunaux reconnaissent que le dernier mot appartient au Parlement et ne substituent pas leur choix aux choix raisonnables du législateur.

Le juge Linden a insisté sur la nécessité de respecter la limite fixée par le législateur quant aux actes criminels qui sont suffisamment graves pour justifier le retrait du droit de vote. Que l’on puisse ou non établir une corrélation entre la date de la sanction royale des modifications apportées à l’al. 51(e) de la Loi et l’arrêt de la Cour dans la première affaire *Sauvé*, un « dialogue » a généralement eu lieu entre les tribunaux et le législateur. Il y a eu « dialogue » dans la mesure où, bien avant la décision de la Cour d’appel fédérale, le législateur a examiné la nature du droit de vote et, plus particulièrement, la question

nature of the right to vote, and specifically, the issue of prisoner disenfranchisement. This evaluation was obviously undertaken with the many cases concerning prisoner disenfranchisement that had occurred up to that point in mind, including: *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (B.C.S.C.); *Gould v. Canada (Attorney General)*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff'g [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.), rev'g [1984] 1 F.C. 1119 (T.D.); *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287 (T.D.); *Badger v. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (Man. Q.B.), aff'd (1986), 32 D.L.R. (4th) 310 (Man. C.A.); *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (Q.B.), rev'd (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (Man. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.), rev'd (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151 (T.D.), aff'd [1992] 2 F.C. 440 (C.A.). What is also particularly relevant is that s. 51(e) of the Act received Royal Assent on May 6, 1993, well after both the Ontario Court of Appeal handed down its decision in the first *Sauvé* case (March 25, 1992) and the Federal Court of Appeal handed down its decision in *Belczowski* (February 17, 1992).

106

I note as well that a Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, the “Lortie Commission”, was established in November 1989. The Final Report of that Commission was submitted to Cabinet in November 1991. That report canvassed specifically the issue of the disqualification of certain groups of voters, including prison inmates.

107

To repeat: deference does not mean that this Court must not rigorously examine the justifications presented by the Crown for s. 51(e) of the Act. As Iacobucci J. noted in his partial dissent in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 221: “While deference is appropriate, our Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights.” This point was also discussed by McLachlin J. in *RJR-MacDonald, supra*, at para. 136, explaining that there is a fine line between the appropriateness

de l'inhabilité des prisonniers à voter. Cet examen faisait manifestement suite aux nombreuses décisions judiciaires rendues à ce sujet, dont : *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604 (C.S.C.-B.); *Gould c. Canada (Procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.), inf. [1984] 1 C.F. 1119 (1^{re} inst.); *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287 (1^{re} inst.); *Badger c. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108 (B.R. Man.), conf. par (1986), 32 D.L.R. (4th) 310 (C.A. Man.); *Badger c. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211 (B.R.), inf. par (1988), 55 D.L.R. (4th) 177 (C.A. Man.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1988), 66 O.R. (2d) 234 (H.C.), inf. par (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.); *Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151 (1^{re} inst.), conf. par [1992] 2 C.F. 440 (C.A.). Un autre facteur fort pertinent est que l'al. 51e) de la Loi a obtenu la sanction royale le 6 mai 1993, soit bien après que la Cour d'appel de l'Ontario eut rendu sa décision dans la première affaire *Sauvé* (25 mars 1992) et que la Cour d'appel fédérale eut prononcé l'arrêt *Belczowski* (17 février 1992).

Je remarque par ailleurs que la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, la « Commission Lortie », a été mise sur pied en novembre 1989. Elle a présenté son rapport final au Cabinet en novembre 1991. Dans ce rapport, elle analysait précisément la question du retrait du droit de vote à certaines catégories d'électeurs, dont les prisonniers.

Je le répète : la retenue judiciaire ne signifie pas que la Cour ne doit pas examiner rigoureusement les justifications présentées par le ministère public à l'appui de l'al. 51e) de la Loi. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci, dissident en partie, dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 221, « [q]uoiqu'il convienne de faire montre de déférence, notre Cour ne peut pas faire abstraction de l'obligation qui lui incombe d'exiger du gouvernement qu'il justifie les mesures législatives restreignant des droits garantis par la *Charte* ».

of deference and the role of this Court to safeguard *Charter* rights:

. . . care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

Most basically, what the commentary regarding “dialogue” and deference goes to in this case is keeping in mind the importance of what was discussed above regarding the existence of competing social or political philosophies when embarking upon flexible and contextual s. 1 *Charter* analysis. In the specific factual context of the case at bar, I think that this challenge was well summarized by Lord Justice Kennedy in a recent case from the United Kingdom regarding prisoner disenfranchisement in the context of the U.K.'s incorporation in the *Human Rights Act 1998* (U.K.), 1998, c. 42, of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (also known as the *European Convention on Human Rights* (“*ECHR*”)), 213 U.N.T.S. 221. In *Pearson v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL) (Div. Ct.), Lord Justice Kennedy stated, at para. 23:

As Parliament has the responsibility for deciding what shall be the consequences of conviction by laying down the powers and duties of a sentencing tribunal or other body it necessarily follows that lines have to be drawn,

Le juge McLachlin s’est également prononcée sur la question dans *RJR-MacDonald*, précité, par. 136, où elle a expliqué qu’il existe un équilibre subtil entre l’opportunité de faire preuve de retenue et le rôle qu’a la Cour de protéger les droits conférés par la *Charte* :

. . . il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n’ont pas plus le droit que le Parlement d’abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l’intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s’ils portaient le respect jusqu’au point d’accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

Plus fondamentalement, ce qu’il faut retenir en l’espèce des observations sur le « dialogue » et la retenue judiciaire c’est que, au moment d’entreprendre, de manière souple et contextuelle, l’analyse fondée sur l’article premier de la *Charte*, il faut se rappeler l’importance des considérations précédentes concernant l’existence de philosophies sociales ou politiques opposées. Vu les circonstances de la présente affaire, je crois que le lord juge Kennedy a bien résumé cette obligation dans une affaire britannique récente portant sur l’inhabilité des détenus à voter au regard de l’intégration dans la loi nationale (la *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, ch. 42) de la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales* (également appelée *Convention européenne des droits de l’homme*) (« *CEDH* »), 213 R.T.N.U. 221. Dans *Pearson c. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL) (Div. Ct.), le lord juge Kennedy déclare au par. 23 :

[TRADUCTION] Comme il appartient au Parlement de décider des conséquences d’une déclaration de culpabilité en établissant les attributions et les obligations du tribunal (ou autre organisme) qui inflige la peine, il

and that on subsequent examination a case can be made in favour of the line being drawn somewhere else, but in deference to the legislature courts should not easily be persuaded to condemn what has been done, especially where it has been done in primary legislation after careful evaluation and against a background of increasing public concern about crime.

F) *A Rational and Reasonable Social or Political Philosophy Underpins the Crown's Justification for the Limitation of the Section 3 Right*

109

What social or political philosophy has motivated Parliament to insist on the temporary disenfranchisement of prisoners? Is it reasonable and rational? I suggest that, in enacting s. 51(e) of the Act and in providing a justification of that provision before the courts, Parliament has indicated that it has drawn a line. This line reflects a moral statement about serious crime, and about its significance to and within the community. The core of this moral statement is the denunciation of serious crime, serious antisocial acts. Parliament has indicated that criminal conduct of such severity that it warrants imprisonment for a sentence of two years or more also carries with it the disenfranchisement of the offender for the duration of his or her incarceration. Most importantly, as I will develop below, this basis for the Crown's justification is both rational and reasonable.

110

The fact that the line drawn is related to sentences which flow from the commission of crimes under the *Criminal Code* is of great relevance. As noted above, this Court has held that the *Criminal Code* and its provisions are declaratory of values, values on which society rests: see *Keegstra, supra*, at pp. 769 and 787. Therefore, it is perfectly appropriate to look to these underlying values and their explanation to assist in the seeking of a reconciliation of the competing interests at hand. With regard to importing such values into *Charter* analysis, I refer not only to my discussion above regarding reading s. 3 of the *Charter* with s. 1, but also to the oft-cited statement by Dickson C.J. for the majority in *Slaight Communications, supra*, at p. 1056, that

s'ensuit nécessairement que la ligne de démarcation doit être tracée quelque part et que, lors d'un examen ultérieur, on pourra soutenir que la ligne aurait dû être tracée ailleurs. Cependant, par respect pour le législateur, les tribunaux ne doivent pas se laisser facilement convaincre de condamner une mesure législative, surtout lorsqu'elle a été adoptée dans le cadre d'une loi principale à l'issue d'une évaluation minutieuse et dans le contexte de l'inquiétude croissante de la population face à la criminalité.

F) *Une philosophie sociale ou politique à la fois rationnelle et raisonnable sous-tend la justification, avancée par le ministère public, de la restriction du droit garanti à l'art. 3*

Quelle philosophie sociale ou politique a amené le Parlement à priver temporairement les prisonniers du droit de vote? Est-elle raisonnable et rationnelle? Selon moi, l'adoption de l'al. 51e) de la Loi et sa justification devant les tribunaux indiquent que le législateur a tracé une ligne. La limite ainsi établie reflète une prise de position morale vis-à-vis des actes criminels graves et de leur signification pour la collectivité. Cette prise de position morale dénonce essentiellement les crimes et les comportements antisociaux graves. Le Parlement a indiqué que le comportement criminel dont la gravité justifie une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus a aussi pour conséquence la privation du droit de vote pour la durée de l'incarcération. Mais surtout, comme je l'explique plus loin, ce fondement de la justification avancée par le ministère public est à la fois rationnel et raisonnable.

Le fait que la ligne de démarcation soit tracée en fonction des peines infligées par suite de la perpétration de crimes prévus dans le *Code criminel* est très pertinent. Je le répète, la Cour a statué que le *Code criminel* énonce les valeurs sur lesquelles se fonde notre société : voir *Keegstra, précité*, p. 769 et 787. Il est donc tout à fait opportun de tenir compte de ces valeurs sous-jacentes et de leur raison d'être pour la conciliation des intérêts qui s'opposent en l'espèce. Quant à l'intégration de ces valeurs à l'analyse fondée sur la *Charte*, je renvoie non seulement aux remarques antérieures concernant l'interprétation de l'art. 3 de pair avec l'article premier de la *Charte*, mais également au passage maintes fois cité des motifs

“[t]he underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.”

In my concurring opinion in *Butler, supra*, I discussed the legitimate role of the state to act on the basis of morality. I stated, at p. 522, that “I cannot conceive that the State could not legitimately act on the basis of morality. Since its earliest *Charter* pronouncements, this Court has acknowledged this possibility”. I continued at pp. 523-24:

In a pluralistic society like ours, many different conceptions of the good are held by various segments of the population. The guarantees of s. 2 of the *Charter* protect this pluralistic diversity. However, if the holders of these different conceptions agree that some conduct is not good, then the respect for pluralism that underlies s. 2 of the *Charter* becomes less insurmountable an objection to State action In this sense a wide consensus among holders of different conceptions of the good is necessary before the State can intervene in the name of morality. This is also comprised in the phrase “pressing and substantial”.

This view of the role of morality in law has been developed by Professor J. Raz, who states in his book *The Morality of Freedom* (1986), at p. 133, that “. . . it is the goal of all political action to enable individuals to pursue valid conceptions of the good and to discourage evil or empty ones”. I agree with this view. In *Making Men Moral* (1993), at p. 170, Professor R. P. George describes Professor Raz’s view as the following:

. . . political theory cannot prescind from questions of individual morality — it cannot simply leave individual morality to the individual. The principles of political morality are tightly connected to the principles that establish the moral rectitude or culpability of individual action. He [Professor Raz] does not conclude that the state is warranted in enforcing every moral norm; but he does argue that the state cannot adopt a position of neutrality with respect to these norms.

du juge en chef Dickson, s’exprimant au nom des juges majoritaires, dans *Slaight Communications*, précité, p. 1056 : « Les valeurs fondamentales d’une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits ».

Dans *Butler*, précité, je me suis prononcé, dans mes motifs concourants, sur le pouvoir légitime de l’État d’agir en se fondant sur la moralité et j’ai dit à la p. 522 : « je ne puis concevoir que l’État ne puisse légitimement agir en se fondant sur la moralité. Depuis ses premières décisions concernant la *Charte*, la Cour a reconnu cette possibilité ». Puis j’ai ajouté aux p. 523-524 :

Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de ce qui est bien. Les garanties prévues à l’art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu’une conduite donnée n’est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l’art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmountable à l’intervention de l’État [. . .] En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l’État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l’expression « urgent et réel ».

Le professeur J. Raz a développé cette conception du rôle de la moralité dans le droit. Dans son ouvrage *The Morality of Freedom* (1986), il dit ce qui suit à la p. 133 : [TRADUCTION] « le but de toute action politique est d’inciter les individus à rechercher de justes conceptions du bien et à se détourner des mauvaises ou de celles qui sont creuses ». Je partage ce point de vue. Dans son ouvrage *Making Men Moral* (1993), p. 170, le professeur R. P. George décrit ainsi la thèse du professeur Raz :

[TRADUCTION] . . . la théorie politique ne peut être dissociée des questions de moralité individuelle — elle ne peut pas simplement confier à l’individu le soin de définir la moralité individuelle. Les principes de moralité politique sont étroitement liés aux principes qui établissent la droiture morale ou la responsabilité de chacun vis-à-vis de ses actes. Le professeur Raz ne conclut pas que l’État est justifié d’appliquer toute norme morale; mais il soutient que l’État ne peut être neutre vis-à-vis de ces normes.

113

In my view, the real challenge is not justifying state activity on the basis of morality in the abstract, but determining which specific moral claims are sufficient to warrant consideration in determining the extent of *Charter* rights. As I quoted in *Butler, supra*, at p. 523, Professor R. Dworkin's *Taking Rights Seriously* (1977) notes, at p. 255, that:

The claim that a moral consensus exists is not itself based on a poll. It is based on an appeal to the legislator's sense of how his community reacts to some disfavored practice. But this same sense includes an awareness of the grounds on which that reaction is generally supported. If there has been a public debate involving the editorial columns, speeches of his colleagues, the testimony of interested groups, and his own correspondence, these will sharpen his awareness of what arguments and positions are in the field. He must sift these arguments and positions, trying to determine which are prejudices or rationalizations, which pre-suppose general principles or theories vast parts of the population could not be supposed to accept, and so on.

The issue is therefore identifying what amounts to a fundamental enough conception of morality. In *Butler, supra*, at p. 523, I developed reasoning to assist in such identification. The first inquiry to be satisfied is that the moral claim is grounded, meaning that it "... must involve concrete problems such as life, harm, well-being . . . and not merely differences of opinion or of taste. Parliament cannot restrict *Charter* rights simply on the basis of dislike; this is what is meant by the expression 'substantial and pressing' concern". The second inquiry is that "... a consensus must exist among the population on these claims. They must attract the support of more than a simple majority of people".

114

In the case at bar, the provision in question denounces serious crime, with a view to enhancing the general purposes of the criminal sanction and to promoting civic responsibility and the rule of law. Surely such objectives qualify as reflecting a "fundamental conception of morality". Attention to what is "moral" is concerned "... with the

J'estime que le véritable défi n'est pas de justifier l'activité de l'État sur le fondement de la moralité dans l'abstrait, mais bien de décider quelles prétentions morales méritent d'être prises en considération pour déterminer la portée des droits garantis par la *Charte*. Dans *Butler*, précité, p. 523, je citais le professeur R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 255 :

[TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et tenter d'établir lesquels constituent des partis pris ou des rationalisations, ce qui présuppose le recours à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

Il s'agit donc de déterminer dans quelles circonstances une conception morale revêt un caractère suffisamment fondamental. Dans *Butler*, précité, p. 523, j'ai proposé une démarche à cette fin. Le tribunal doit tout d'abord être convaincu que la prétention morale est fondée : elle doit « porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être [. . .]; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion; c'est ce qu'on entend par préoccupation "réelle et urgente" ». Deuxièmement, il faut établir qu'il existe « un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population ».

En l'espèce, la disposition en question dénonce l'acte criminel grave dans le but de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale et d'accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit. On peut certainement considérer que ces objectifs reflètent une « conception fondamentale de la moralité ». Le sens moral s'entend

distinction between right and wrong” (*Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995)). The provision in question, like the *Criminal Code* in its entirety, by virtue of the focus upon criminal activity, is addressed at specifically this.

The denunciation of crime and its effects on society is often explained by reference to the notion of the social contract. The social contract is the theoretical basis upon which the exercise of rights and participation in the democratic process rests. In my view, the social contract necessarily relies upon the acceptance of the rule of law and civic responsibility and on society’s need to promote the same. The preamble to the *Charter* establishes that “. . . Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law . . .”. In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750, this Court cited with approval a passage from *The Authority of Law* (1979) by Professor Raz, wherein he states that “‘The rule of law’ means literally what it says It has two aspects: (1) that people should be ruled by the law and obey it, and (2) that the law should be such that people will be able to be guided by it.” The important point arising from that passage is the corollary that promoting law-abiding behaviour can be thought to be a dimension of the rule of law as well. Further, the rule of law, as was said in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at p. 257, “vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs.” Given its fundamental importance in our society, it is not surprising that Parliament occasionally insists on taking some action to promote it, to safeguard it. As was stated by Wilson J. in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 489: “There is no liberty without law and there is no law without some restriction of liberty: see Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267.”

Permitting the exercise of the franchise by offenders incarcerated for serious offences undermines the rule of law and civic responsibility because such persons have demonstrated a great disrespect for the community in their committing

du « discernement du bien et du mal » (*Le Nouveau Petit Robert* (2000) à l’entrée « moral »). C’est précisément ce que fait la disposition en cause, tout comme le *Code criminel* en entier, puisqu’elle met l’accent sur l’activité criminelle.

On invoque souvent la notion de contrat social pour expliquer la dénonciation du crime et de ses effets sur la société. Le contrat social est le fondement théorique de l’exercice des droits et de la participation au processus démocratique. À mon sens, il s’appuie nécessairement sur l’acceptation de la règle de droit et de la responsabilité civique, ainsi que sur la nécessité, pour la société, de les promouvoir. Le préambule de la *Charte* établit que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit . . . » Dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750, la Cour a cité en l’approuvant l’extrait suivant de l’ouvrage *The Authority of Law* (1979) du professeur Raz : [TRADUCTION] « La “primauté du droit” signifie littéralement ce que l’expression dit : [. . .] L’expression signifie deux choses : (1) que les gens doivent être régis par le droit et tenus d’y obéir et (2) que le droit doit être de nature à pouvoir servir de guide aux gens ». Il ressort surtout de cet extrait que promouvoir le respect de la règle de droit peut également être assimilé à une dimension de la règle de droit. De plus, comme la Cour l’a dit dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 257, la primauté du droit « assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. » Vu son importance fondamentale dans notre société, il n’est pas étonnant que le législateur tienne parfois à prendre des mesures afin de la promouvoir, de la préserver. Comme l’a dit le juge Wilson dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 489 : « Il n’y a pas de liberté sans règles de droit et il n’y a pas de règles de droit sans une certaine restriction de la liberté : voir Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267 ».

Accorder le droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves va à l’encontre de la primauté du droit et de la responsabilité civique. En effet, ces personnes ont fait preuve d’un profond mépris pour la collectivité en

serious crimes: such persons have attacked the stability and order within our community. Society therefore may choose to curtail temporarily the availability of the vote to serious criminals both to punish those criminals and to insist that civic responsibility and respect for the rule of law, as goals worthy of pursuit, are prerequisites to democratic participation. I say “goals worthy of pursuit” because it is clear that not all those who are otherwise eligible to vote are guaranteed to exercise civic responsibility, since, for example, there may be serious criminal offenders who may have avoided being apprehended and therefore still vote. This does not, however, detract from the laudability of the goal.

117 Related to the notion of the social contract is the importance of reinforcing the significance of the relationship between individuals and their community when it comes to voting. This special relationship is inherent in the fact that it is only “citizens” who are guaranteed the right to vote within s. 3 of the *Charter*. This limitation of the scope of s. 3 of the *Charter* stands in stark contrast to the protections offered by the fundamental freedoms, legal rights, and equality rights in the *Charter*, which are available to “everyone” or to “every individual”. I am of the view that this limitation reflects the special relationship, characterized by entitlements and responsibilities, between citizens and their community. It is this special relationship and its responsibilities which serious criminal offenders have assaulted.

118 It is for this same reason, the importance of the nexus between voters and their community, that many jurisdictions qualify the right to vote with residency requirements. This Court, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, upheld residency requirements as a reasonable qualification to the eligibility to vote in a referendum. While it is clear that there was no breach of s. 3 of the *Charter* in that case since s. 3 does not apply to referenda, *Haig, supra*, generally seems to imply that residency requirements may be capable of being reasonable qualifications upon the right to vote. This reasonableness arises not only from practical concerns, but also from the nexus between a particular individual’s eligibility to vote in an election, their relationship to the community,

commettant des actes criminels graves : une attaque à la stabilité et à l’ordre social. La société peut donc suspendre temporairement leur droit de vote non seulement pour les punir, mais aussi pour affirmer que la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, en tant qu’« objectifs légitimes », sont des conditions préalables à la participation démocratique. J’emploie cette expression parce que, de toute évidence, il n’est pas garanti que tous ceux qui sont par ailleurs habiles à voter feront preuve de responsabilité civique, étant donné, par exemple, que certains auteurs d’actes criminels graves peuvent se soustraire à la justice et conserver ainsi leur droit de vote. L’objectif n’en demeure pas moins louable.

À la notion de contrat social se rattache l’importance de souligner le lien entre l’individu et la collectivité dans le contexte de l’exercice du droit de vote. Ce lien particulier tient à ce que seul le droit de vote des « citoyens » est garanti par l’art. 3 de la *Charte*. La restriction de la portée de l’art. 3 contraste manifestement avec la protection offerte par les libertés fondamentales et les droits, y compris les droits à l’égalité, que la *Charte* garantit à « chacun » ou à « tous ». Selon moi, cette application restrictive traduit l’existence d’un lien particulier entre le citoyen et la collectivité se caractérisant par des droits et des obligations. C’est à ce lien particulier et aux obligations qui en découlent que s’attaquent les auteurs d’actes criminels graves.

De nombreux ressorts invoquent le même motif — l’importance du lien entre les électeurs et la collectivité — pour assortir le droit de vote des conditions de résidence. Dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, la Cour a statué que l’application de telles conditions constituait une restriction raisonnable du droit de voter lors de référendums. Même s’il n’y avait manifestement pas d’atteinte à l’art. 3 de la *Charte*, celui-ci ne s’appliquant pas aux référendums, cet arrêt semble généralement indiquer que l’application d’une condition de résidence peut constituer une restriction raisonnable du droit de vote. Ce caractère raisonnable découle non seulement de considérations pratiques, mais aussi du lien entre le droit d’une personne donnée de voter à un

and the fact that it is that community which will be subjected to the results of the election.

The American constitutional law scholar, Professor L. H. Tribe, notes in his text *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 1084:

Every state, as well as the federal government, imposes some restrictions on the franchise. Although free and open participation in the electoral process lies at the core of democratic institutions, the need to confer the franchise on all who aspire to it is tempered by the recognition that completely unlimited voting could subvert the ideal of popular rule which democracy so ardently embraces. Moreover, in deciding who may and who may not vote in its elections, a community takes a crucial step in defining its identity. If nothing else, even though anyone in the world might have some interest in any given election's outcome, a community should be empowered to exclude from its elections persons with no real nexus to the community as such. [Emphasis added.]

This analysis explains why citizenship or residency is a reasonable minimum requirement for voting, since such indicators are often equated with identification to a particular political community. The importance of the nexus, however, also helps to understand the context of the particular disenfranchisement in question in the case at bar. The disenfranchisement of serious criminal offenders serves to deliver a message to both the community and the offenders themselves that serious criminal activity will not be tolerated by the community. In making such a choice, Parliament is projecting a view of Canadian society which Canadian society has of itself. The commission of serious crimes gives rise to a temporary suspension of this nexus: on the physical level, this is reflected in incarceration and the deprivation of a range of liberties normally exercised by citizens and, at the symbolic level, this is reflected in temporary disenfranchisement. The symbolic dimension is thus a further manifestation of community disapproval of the serious criminal conduct.

From the perspective of persons whose criminal activity has resulted in their temporary disenfranchisement, their benefiting from society brought with it the responsibility to be subjected to the sanctions which the state decides will be attached to

scrutin, la relation entre cette personne et la collectivité et le fait que c'est cette collectivité qui sera liée par le résultat du scrutin.

Dans *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), p. 1084, le professeur L. H. Tribe, spécialiste du droit constitutionnel américain, signale :

[TRADUCTION] Tous les États, ainsi que le gouvernement fédéral, limitent le droit de vote jusqu'à un certain point. Bien que la libre participation au processus électoral soit au cœur de nos institutions démocratiques, la nécessité d'accorder le droit de vote à quiconque souhaite l'exercer est atténuée par le fait qu'un droit de vote absolu subvertirait l'idéal du suffrage universel auquel la démocratie tient si farouchement. De plus, en décidant qui peut et qui ne peut pas voter à un scrutin, la collectivité franchit une étape cruciale dans la définition de son identité. Même si n'importe qui pourrait avoir un intérêt dans l'issue d'un scrutin, une collectivité devrait pouvoir l'exclure de l'électorat pour le motif qu'il n'a aucun lien réel avec elle. [Je souligne.]

La citoyenneté ou la résidence seraient donc des exigences minimales raisonnables pour l'exercice du droit de vote puisqu'on les considère souvent comme des indicateurs de l'appartenance à une collectivité politique en particulier. Cependant, l'importance du lien permet également de comprendre le contexte de la privation du droit de vote qui est contestée en l'espèce. Le retrait du droit de vote aux auteurs d'actes criminels graves sert à transmettre à la collectivité et aux contrevenants eux-mêmes le message que la collectivité ne tolérera pas la perpétration d'infractions graves. En prenant une telle mesure, le législateur renvoie une image que la société canadienne a d'elle-même. La commission d'un acte criminel grave rompt temporairement ce lien, ce qui se traduit, physiquement, par l'incarcération et la privation des libertés dont jouit normalement le citoyen et, sur le plan symbolique, par la privation temporaire du droit de vote. L'aspect symbolique constitue donc une manifestation supplémentaire de la réprobation sociale du comportement criminel grave.

Pour la personne dont l'activité criminelle a entraîné la privation temporaire du droit de vote, les avantages de la vie en société se doublent des sanctions que l'État prévoit à l'égard d'une telle activité. À cela s'ajoute l'objectif de la réadaptation :

serious criminal activity such as they have chosen to undertake. This understanding is complemented by the rehabilitative view that those who are in jail will hope and expect to regain the exercise of the vote on their release from incarceration, just like they hope and expect to regain the exercise of the full-est expressions of their liberty. Once released from prison, they are on the road to reintegration into the community. Obtaining the vote once released or paroled is a recognition of regaining the nexus with the community that was temporarily suspended during the incarceration.

121

In *Haig, supra*, at p. 1031, L'Heureux-Dubé J. stated for the majority that “. . . in a democratic society, the right to vote as expressed in s. 3 must be given a content commensurate with those values embodied in a democratic state”. I am of the view that the objectives pursued by Parliament in s. 51(e) of the Act do reflect values of the Canadian community, values related specifically to safeguarding the integrity and health of democracy itself. These goals may be abstract, but they are the foundation of our society. These are important values upon which s. 1 of the *Charter* itself rests. A dimension of the rule of law is taking measures to see that law is obeyed. Therefore, the disenfranchisement of serious criminal offenders is to be seen as protecting Canadian democracy rather than undermining it. It is up to Parliament to enhance the value of the franchise. It has responded with s. 51(e) of the Act, which is premised on the view that broadening of the franchise does not, in all cases, necessarily mean strengthening it.

G) *Prisoner Disenfranchisement in Canadian Provinces, Other Countries, and International Law: Illustration of a Range of Reasonable Balances*

122

As I noted above, a review of the legislation regarding prisoner disenfranchisement across Canadian provinces, in some other countries, and in some international instruments assists in demonstrating that there are a range of reasonable and rational balances that may be struck regarding this particular issue.

le détenu nourrit l'espoir de retrouver le droit de vote, tout comme son entière liberté, une fois sa peine purgée. À sa sortie de prison, il s'engage dans la voie de la réinsertion sociale. Lui rendre le droit de vote lors de sa mise en liberté ou de sa libération conditionnelle équivaut à rétablir avec la collectivité le lien temporairement rompu pendant l'incarcération.

Dans *Haig*, précité, p. 1031, au nom des juges majoritaires, le juge L'Heureux-Dubé écrit que « . . . dans une société démocratique, l'étendue du droit de vote énoncé à l'art. 3 doit correspondre aux valeurs propres à un État démocratique ». Je suis d'avis que les objectifs poursuivis par le législateur par l'adoption de l'al. 51e) de la Loi reflètent des valeurs de la société canadienne, des valeurs qui ont trait précisément au maintien de l'intégrité et de la santé de la démocratie comme telle. Il se peut que ces objectifs soient abstraits, mais ils sont le fondement de notre société. Ce sont des valeurs importantes qui sous-tendent l'article premier de la *Charte* lui-même. L'une des dimensions de la primauté du droit est la prise de mesures visant l'observation de la règle de droit. On doit donc considérer que l'incapacité à voter de l'auteur d'un acte criminel grave ne compromet pas la démocratie canadienne, mais la protège. Il appartient au législateur de valoriser le droit de vote. Il l'a fait en adoptant l'al. 51e) de la Loi, qui repose sur l'idée que l'élargissement du droit de vote n'a pas toujours pour effet de lui donner plus de valeur.

G) *L'incapacité des prisonniers à voter dans les provinces canadiennes, dans d'autres pays et à l'échelle internationale : dosages raisonnables possibles*

Comme je l'ai signalé, le survol des lois des provinces canadiennes et de certains pays étrangers, ainsi que des dispositions de certains instruments internationaux portant sur l'incapacité des prisonniers à voter permet de conclure que divers dosages raisonnables et rationnels sont possibles.

In Canada, the situation across the provinces is obviously related to, and to some extent reflects, the evolution of the ongoing controversy regarding the federal legislation. That having been said, an overview of provincial legislation actually demonstrates that a quite diverse range of balances has been struck with regard to provincial electoral law. In Ontario, Quebec, Newfoundland, Prince Edward Island, and Manitoba, all prisoners vote: *Election Statute Law Amendment Act, 1998*, S.O. 1998, c. 9, s. 13, repealing R.S.O. 1990, c. E.6, s. 16; *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, s. 273; *Elections Act, 1991*, S.N. 1992, c. E-3.1; *Election Act*, S.P.E.I. 1996, c. 12; *Elections Act*, R.S.M. 1987, c. E30, s. 31 (rep. & sub. S.M. 1998, c. 4, s. 21) disenfranchised “[e]very inmate of a correctional facility serving a sentence of five years or more”, but it was struck down by the Manitoba Court of Queen’s Bench in *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615. In the Yukon, Saskatchewan and New Brunswick, all inmates serving sentences of imprisonment are disenfranchised: *Election Act, 1996*, S.S. 1996, c. E-6.01, s. 17; *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 43(2)(e); and *Elections Act*, R.S.Y. 1986, c. 48, s. 5(d). The Alberta Court of Appeal in *Byatt v. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644, struck down legislation providing for complete prisoner disenfranchisement, as it found itself bound by the decision of this Court in the first *Sauvé* case. The Alberta Legislature then responded with legislation which provides for the disenfranchisement of all incarcerated persons serving a sentence of more than 10 days. Section 45(c) of the *Election Act*, R.S.A. 2000, c. E-1, now declares ineligible to vote

persons who have been convicted of offences and on polling day are serving their sentences in a correctional institution under the *Corrections Act*, in a penitentiary under the *Corrections and Conditional Release Act* (Canada), in a place of custody under the *Young Offenders Act* or the *Young Offenders Act* (Canada) or in any other similar institution outside Alberta, excluding persons sentenced to terms of imprisonment of 10 days or less or for the non-payment of fines.

Au Canada, la situation dans les provinces est manifestement liée à l’évolution du débat constant que suscite la loi fédérale et, dans une certaine mesure, elle le reflète. Cela dit, le survol de la situation dans les provinces révèle des dosages assez variés dans les lois électorales provinciales. En Ontario, au Québec, à Terre-Neuve, à l’Île-du-Prince-Édouard et au Manitoba, tous les prisonniers ont le droit de vote : *Loi de 1998 modifiant des lois en ce qui concerne les élections*, L.O. 1998, ch. 9, art. 13 (qui a abrogé L.R.O. 1990, ch. E.6, art. 16); *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 273; *Elections Act, 1991*, S.N. 1992, ch. E-3.1; *Election Act*, S.P.E.I. 1996, ch. 12. Au Manitoba, l’art. 31 de la *Loi électorale*, L.R.M. 1987, ch. E30 (remplacé par L.M. 1998, ch. 4, art. 21), dispose que « [l]es détenus d’un établissement correctionnel qui purgent une peine d’au moins cinq ans ne peuvent voter à une élection », mais la disposition a été invalidée par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans *Driskell c. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615. Au Yukon, en Saskatchewan et au Nouveau-Brunswick, tout détenu purgeant une peine d’emprisonnement perd le droit de vote : *Election Act, 1996*, S.S. 1996, ch. E-6.01, art. 17; *Loi électorale*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, al. 43(2)e), et *Loi électorale*, L.R.Y. 1986, ch. 48, al. 5d). Dans *Byatt c. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644, s’estimant liée par la décision de la Cour dans la première affaire *Sauvé*, la Cour d’appel de l’Alberta a annulé la disposition prévoyant l’interdiction totale de voter faite aux détenus. La législature albertaine a donc adopté par la suite une loi rendant inhabile à voter tout détenu purgeant une peine d’emprisonnement de plus de 10 jours. L’alinéa 45c) de l’*Election Act*, R.S.A. 2000, ch. E-1, prive désormais du droit de vote :

[TRADUCTION] . . . les personnes qui ont été reconnues coupables d’infractions et qui, le jour du scrutin, purgent leur peine dans un établissement correctionnel suivant la *Corrections Act*, dans un pénitencier suivant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (Canada), dans un lieu de garde suivant la *Young Offenders Act* ou la *Loi sur les jeunes contrevenants* (Canada) ou dans tout autre établissement semblable situé à l’extérieur de l’Alberta, à l’exclusion des personnes condamnées à une peine de 10 jours ou moins ou incarcérées pour non-paiement d’une amende.

The law in British Columbia, Nova Scotia, and the Northwest Territories and Nunavut parallels s. 51(e) of the Act that is being challenged in the case at bar: *Election Act*, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b); *Elections Act*, R.S.N.S. 1989, c. 140, s. 29(d) as amended by S.N.S. 2001, c. 43, s. 13; *Elections Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. E-2, s. 27(3), as amended by S.N.W.T. 1995, c. 14, s. 6.

Les lois électorales de la Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Écosse ainsi que des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut reprennent essentiellement le libellé de l'al. 51e) de la Loi contesté en l'espèce : *Election Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 106, al. 30b); *Elections Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 140, al. 29d) (modifié S.N.S. 2001, ch. 43, art. 13); *Loi électorale*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-2, par. 27(3) (modifié L.T.N.-O. 1995, ch. 14, art. 6).

124 Turning to the United States, the U.S. Constitution does not explicitly protect the vote. In fact, § 2 of the Fourteenth Amendment makes tangential reference to the ability of the States to disenfranchise persons “. . . for participation in rebellion, or other crime”. That having been said, the Fifteenth Amendment provides that the vote cannot be denied “on account of race, color, or previous conditions of servitude”. Other constraints on the legislature’s ability to control the franchise include the Nineteenth Amendment, which disallows denial of the vote “on account of sex”; the Twenty-Fourth Amendment, which disallows denial “by reason of failure to pay any poll tax or other tax”; and the Twenty-Sixth Amendment, which disallows denial “on account of age” greater than 18 years.

Aux États-Unis, la Constitution ne protège pas expressément le droit de vote. En fait, § 2 du Quatorzième amendement renvoie accessoirement au pouvoir des États de priver du droit de vote la personne [TRADUCTION] « . . . qui a pris part à un acte criminel, y compris une rébellion ». Le Quinzième amendement dispose par ailleurs que [TRADUCTION] « la race, la couleur ou la condition antérieure d’esclave » ne peuvent faire obstacle à l’exercice du droit de vote. Parmi les autres dispositions empêchant la législature de limiter le droit de vote, mentionnons le Dix-neuvième amendement, qui interdit le refus du droit de vote [TRADUCTION] « fondé sur le sexe », le Vingt-quatrième, qui dispose qu’un citoyen ne peut être déchu du droit de vote [TRADUCTION] « pour non-paiement d’une taxe, y compris une taxe de vote », et le Vingt-sixième, qui prévoit qu’une personne ne peut être exclue de l’électorat au motif qu’elle n’a pas atteint un âge supérieur à 18 ans.

125 In the United States, it is the states that have control of disenfranchising inmates for both state and federal elections: U.S. Constitution, Art. 1, § 2, cl. 1 (for the House of Representatives); Seventeenth Amendment, § 1 (for the Senate). A general overview yields the conclusion that nearly all states (48 of 50 plus the District of Columbia) disqualify inmates incarcerated for felony offences for both state and federal elections, while some disenfranchise offenders permanently. Only two states do not disqualify at all: Maine and Vermont. In November 2000, the Massachusetts electorate voted in favour of a State constitutional amendment limiting prisoners’ voting rights.

Chez nos voisins, ce sont les États qui décident du droit des détenus de voter aux élections, y compris à l’échelon fédéral : Constitution américaine, art. 1, § 2, cl. 1 (pour la Chambre des représentants); Dix-septième amendement, § 1 (pour le Sénat). Un survol général permet de conclure que la quasi-totalité d’entre eux (48 sur 50, plus le District de Columbia) prive du droit de voter aux élections des États et aux élections fédérales les personnes détenues après avoir commis des infractions graves. Dans certains États, le contrevenant perd son droit de vote pour toujours. Seulement deux États, le Maine et le Vermont, ne restreignent aucunement le droit de vote. En novembre 2000, l’électorat du Massachusetts a voté en faveur d’un amendement constitutionnel de l’État limitant le droit de vote des prisonniers.

A majority of the states which deprive inmates of the right to vote do so for the entirety of their sentence, including parole: 32 states prohibit felons from voting while they are on parole and 28 of those 32 also exclude felony probationers. Other states allow a convicted felon to vote once incarceration ends. Some states only remove the vote if the criminal has committed certain crimes. A felon automatically regains the right to vote in most states upon completion of his or her sentence. In a small number of states, a felon must apply for a pardon to be permitted to vote. As mentioned above, some states remove the vote from convicted felons even after they have completed their sentences and paroles. This practice was upheld as constitutional by the U.S. Supreme Court in *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

Looking now to Europe, Art. 3 of the First Protocol to the *ECHR* (Eur. T.S. No. 9) guarantees “. . . free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”. Article 3 has been considered on three occasions by the European Human Rights Commission (“the Commission”): *X. v. Netherlands*, Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87; *H. v. Netherlands*, Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242; and *Holland v. Ireland*, Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15.

In *H. v. Netherlands*, *supra*, the Commission established that Art. 3 of the First Protocol to the *ECHR* recognizes the principle of universal suffrage, but it also noted that the right to vote is not absolute and noted that “a large number of State Parties to the Convention have adopted legislation whereby the right to vote of a prisoner serving a term of imprisonment of a specific duration is suspended in certain cases, even beyond the duration of the sentence” (p. 245). The general principle which

Dans la majorité des États qui privent les détenus du droit de vote, l’incapacité vaut pendant toute la durée de la peine infligée, y compris la période de libération conditionnelle : 32 États interdisent à l’auteur d’un acte criminel grave de voter pendant qu’il est en libération conditionnelle et 28 de ces 32 États privent également du droit de vote le contrevenant qui fait l’objet d’une ordonnance de probation. D’autres États permettent au contrevenant de voter à nouveau une fois qu’il a purgé sa peine. Dans certains États, seule la perpétration de crimes en particulier entraîne le retrait du droit de vote. Dans la plupart des États, le criminel redevient automatiquement habile à voter lorsqu’il a purgé sa peine. Dans un petit nombre d’États, il doit présenter une demande de réhabilitation pour recouvrer son droit de vote. Comme il est mentionné précédemment, dans certains États, le contrevenant demeure inhabile à voter même s’il a purgé sa peine et respecté les conditions de sa libération conditionnelle. Dans *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974), la Cour suprême des États-Unis a jugé cette pratique constitutionnelle.

En Europe, l’art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH* (S.T.E. n° 9) garantit « . . . à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l’opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». La Commission européenne des droits de l’homme (la « Commission ») a examiné cet article dans trois décisions : *X. c. Pays-Bas*, requête n° 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87; *H. c. Pays-Bas*, requête n° 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242; et *Holland c. Irlande*, requête n° 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15.

Dans *H. c. Pays-Bas*, précité, la Commission a établi que l’art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH* reconnaît le principe du suffrage universel, mais elle a signalé par ailleurs que le droit de vote n’est pas absolu et que « bon nombre d’États parties à la Convention ont adopté une législation aux termes de laquelle le droit de vote du détenu purgeant une peine privative de liberté d’une durée déterminée est suspendu, dans certains cas, même au-delà de la durée de la peine » (p. 243). Elle a énoncé comme

126

127

128

supported the ability of the legislator to restrict the right to vote in respect of convicted persons was addressed as follows, at p. 246:

Such restrictions can be explained by the notion of dishonour that certain convictions carry with them for a specific period, which may be taken into consideration by legislation in respect of the exercise of political rights. Although, at first glance, it may seem inflexible that a prison sentence of more than one year should always result in the suspension of the exercise of the right to vote for three years, the Commission does not feel that such a measure goes beyond the restrictions justifiable in the context of Article 3 of the Protocol.

More recently, in *Holland, supra*, the Commission, at pp. 26-27, made a reference to:

. . . its constant case-law to the effect that, although Article 3 of Protocol No. 1 implies a recognition of the principle of universal suffrage (including the right to vote in elections for the legislature), this right is neither absolute nor without limitations but subject to such restrictions which are not arbitrary and which do not affect the expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. . . .

In that same case, the Commission noted that it did not consider the disenfranchisement of prisoners for the duration of their incarceration to affect the expression of the opinion of the people in their choice of the legislature.

129

The European Court of Human Rights addressed the issue in the *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113. Therein, the court found, at para. 51, that Art. 3 of the First Protocol conferred the right to vote and to stand for election, despite the wording of the Article, which, on its face, seems not to confer such rights. The court went on to state in para. 52 of its judgment, however, that:

The rights in question are not absolute. Since Article 3 recognises them without setting them forth in express terms, let alone defining them, there is room for implied limitations In their internal legal orders the Contracting States make the rights to vote and to stand for election subject to conditions which are not in principle precluded under Article 3 They have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of

suit le principe général appuyant le pouvoir du législateur de restreindre le droit de vote des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement (à la p. 244) :

De telles limitations s'expliquent par l'idée que certaines condamnations marquent d'infamie pour un temps déterminé qui peut être pris en considération par la législation quant à l'exercice des droits politiques. Bien qu'à première vue il puisse paraître rigide qu'une condamnation supérieure à un an ait toujours pour conséquence une suspension de l'exercice du droit de vote pour trois ans, la Commission ne trouve pas qu'une telle mesure excède les limitations justifiables dans le cadre de l'article 3 du Protocole additionnel.

Plus récemment, dans *Holland*, précité, la Commission a rappelé aux pp. 26-27 :

. . . sa jurisprudence constante selon laquelle si l'article 3 du Protocole n° 1 implique la reconnaissance du suffrage universel (y compris le droit de vote aux élections du corps législatif), ce droit n'est ni absolu ni illimité, mais soumis à des restrictions pour autant que celles-ci ne sont ni arbitraires ni contraires à la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif . . .

Elle a par ailleurs déclaré que l'inhabilité à voter pour la durée de l'incarcération n'entrave pas la libre expression de l'opinion du peuple dans le choix du corps législatif.

La Cour européenne des droits de l'homme examine la question dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113. Au paragraphe 51 de son arrêt, elle statue que l'art. 3 du Protocole n° 1 confère le droit de vote et d'éligibilité, même si, à première vue, ce ne semble pas être le cas. Puis, elle ajoute au par. 52 :

Les droits en question ne sont pas absolus. Comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites [. . .] Dans leurs ordres juridiques internes respectifs, les États contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 ne met en principe pas obstacle [. . .] Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur

Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate In particular, such conditions must not thwart “the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature”.

European countries demonstrate a broad range of practices. Seventeen European countries have no form of electoral ban for incarcerated offenders: Bosnia, Croatia, Cyprus, Denmark, Iceland, Ireland, Finland, Latvia, Lithuania, Macedonia, Netherlands, Poland, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland and the Ukraine. In Greece, prisoners serving life sentences or indefinite sentences are disqualified; otherwise the matter is left to the discretion of the court. In some other European countries, electoral disqualification depends on the crime committed or the length of the sentence: Austria, Malta and San Marino ban all prisoners serving more than one year from voting; Belgium disqualifies all offenders serving sentences of four months or more; Italy disenfranchises based on the crime committed and/or the sentence length; Norway removes the vote for prisoners sentenced for specific offences; and in France and Germany, the disqualification of a prisoner is dependent upon the sentence handed down by the court specifically providing for disenfranchisement (in France, certain crimes are identified which carry automatic forfeiture of political rights; in Germany, prisoners convicted of offences which target the integrity of the German state or its democratic order lose the vote). Armenia, Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Luxembourg, Romania and Russia all have complete bans for sentenced offenders.

Australia, New Zealand and the United Kingdom all disenfranchise at least some of the inmate population. In Australia, prisoners vote in two of seven states. In federal elections, inmates serving sentences of five years or more are disqualified from voting. In New Zealand, prisoners serving

l’observation des exigences du Protocole n^o 1; il lui faut s’assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s’agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu’elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés [. . .] Spécialement, elles ne doivent pas contrecarrer « la libre expression de l’opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

Les mesures appliquées en Europe sont très diversifiées. Dans 17 pays européens, le droit de vote du détenu ne fait l’objet d’aucune restriction : la Bosnie, la Croatie, Chypre, le Danemark, l’Islande, l’Irlande, la Finlande, la Lettonie, la Lituanie, la Macédoine, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovénie, l’Espagne, la Suède, la Suisse et l’Ukraine. En Grèce, la personne condamnée à l’emprisonnement à perpétuité ou à une peine d’une durée indéterminée ne peut voter; dans les autres cas, la question est laissée à l’appréciation du tribunal. Dans certains autres pays d’Europe, la perte du droit de vote dépend de la nature de l’acte criminel perpétré ou de la durée de la peine : l’Autriche, Malte et Saint-Marin privent du droit de vote tout détenu purgeant une peine d’un an ou plus; en Belgique, le détenu purgeant une peine de quatre mois ou plus est inhabile à voter; en Italie, la privation du droit de vote dépend de la nature de l’acte criminel commis ou la durée de la peine, ou des deux; en Norvège, les prisonniers reconnus coupables de certaines infractions perdent le droit de vote; en France et en Allemagne, le détenu est privé du droit de vote si le tribunal qui détermine la peine en décide ainsi (en France, la perpétration de certains crimes entraîne automatiquement la déchéance des droits politiques; en Allemagne, le détenu reconnu coupable d’une infraction touchant à l’intégrité de l’État allemand ou à son régime démocratique perd le droit de vote). En Arménie, en Bulgarie, en République tchèque, en Estonie, en Hongrie, au Luxembourg, en Roumanie et en Russie, tout délinquant qui purge une peine d’emprisonnement est inhabile à voter.

En Australie, en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, au moins une partie de la population carcérale est privée du droit de vote. En Australie, les détenus demeurent habiles à voter dans deux des sept États. Le détenu purgeant une peine de cinq ans ou plus est inhabile à voter aux élections

130

131

sentences for three years or more, preventative detention or life imprisonment are not qualified to vote. In the United Kingdom, prisoners are completely disenfranchised for Parliamentary elections, elections to the European Assembly, and local government elections: s. 3(1) of the *Representation of the People Act 1983* (U.K.), 1983, c. 2 (as amended in 1985 and 2000), and s. 2(1) of Schedule 1 to the *European Assembly Elections Act 1978* (U.K.), 1978, c. 10. The only exceptions are for remand prisoners, persons imprisoned for contempt of court and persons detained for default in complying with their sentence.

132

When the *Human Rights Act 1998* came into force in the United Kingdom in October 2000, the guarantee found in Art. 3 of Protocol No. 1 to the *ECHR* became part of U.K. law. Three prisoners recently challenged the ban on prisoners' voting as contained in the *Representation of the People Act 1983*, as being incompatible with the *Human Rights Act 1998*: *Pearson, supra*. In that case, the court construed the question before it as whether s. 3(1) of the *Representation of the People Act 1983* satisfied the standard outlined by the European Court of Human Rights in *Mathieu-Mohin, supra*. The analysis undertaken therein by Lord Justice Kennedy is informative, and very much in line with my disposal of the case at bar. In fact, Lord Justice Kennedy devoted much of his analysis to the Canadian experience, and he specifically approved of the reasoning of Linden J.A. in the Federal Court of Appeal in the case at bar, with which I substantially agree. Lord Justice Kennedy found that the balancing that was undertaken in the Canadian constitutional context was highly informative for the balancing which had to be undertaken under Art. 3 of Protocol No. 1 to the *ECHR*, as incorporated in the *Human Rights Act 1998*. Lord Justice Kennedy stated, at para. 50, that:

. . . there is a broad spectrum of approaches among democratic societies, and the United Kingdom falls into the middle of the spectrum. In course of time this position may move, either by way of further fine tuning, as was done recently in relation to remand prisoners and others, or more radically, but its position in the

fédérales. En Nouvelle-Zélande, la personne qui purge une peine d'emprisonnement de trois ans ou plus, qui fait l'objet d'une détention préventive ou qui est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité est inhabile à voter. Au Royaume-Uni, le prisonnier perd tout droit de participer aux élections du Parlement, de l'Assemblée européenne et de l'administration municipale : par. 3(1) de la *Representation of the People Act 1983* (R.-U.), 1983, ch. 2 (modifiée en 1985 et en 2000), et par. 2(1) de l'annexe 1 de la *European Assembly Elections Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 10. Ne demeurent habiles à voter que les personnes détenues provisoirement et celles qui sont incarcérées pour outrage au tribunal ou non-respect des conditions dont le tribunal a assorti leur peine.

L'entrée en vigueur de la *Human Rights Act 1998* au Royaume-Uni, en octobre 2000, a eu pour effet d'intégrer au droit britannique la garantie prévue à l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH*. Récemment, dans *Pearson*, précité, trois détenus ont contesté leur inhabilité à voter suivant la *Representation of the People Act 1983*, alléguant qu'elle était incompatible avec la *Human Rights Act 1998*. Dans cette affaire, le tribunal a estimé qu'il devait trancher la question de savoir si le par. 3(1) de la *Representation of the People Act 1983* satisfaisait à la norme établie par la Cour européenne des droits de l'homme dans *Mathieu-Mohin*, précité. L'analyse du lord juge Kennedy est instructive et va dans le même sens que mes conclusions en l'espèce. Le lord juge Kennedy a d'ailleurs consacré une bonne partie de ses réflexions à la jurisprudence canadienne et a approuvé expressément le raisonnement du juge Linden de la Cour fédérale du Canada dans la présente affaire, auquel je souscris pour l'essentiel. Selon le lord juge Kennedy, l'exercice de pondération réalisé dans le contexte constitutionnel canadien apportait un éclairage fort utile sur la démarche qu'appelait l'art. 3 du Protocole n° 1 de la *CEDH*, intégré à la *Human Rights Act 1998*. Voici ce qu'il dit au par. 50 :

[TRADUCTION] . . . les mesures appliquées dans les différentes sociétés démocratiques forment un large spectre au centre duquel se situe la solution britannique. Avec le temps, le choix du législateur britannique peut se déplacer vers l'une ou l'autre des extrémités, que ce soit légèrement (p. ex. la modification récente visant notamment

spectrum is plainly a matter for Parliament not for the courts.

I find this informative, especially in light of the fact that the line chosen by Parliament in Canada in s. 51(e) of the Act is far more moderate than the line drawn by Parliament in the United Kingdom.

Certain international instruments also address the issue of prisoner voting. Article 25 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* (“*ICCPR*”) states that every citizen shall have the “right and the opportunity” to vote “without unreasonable restrictions”: *ICCPR*, 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976. The United Nations Human Rights Committee, in a comment on Art. 25 of the *ICCPR*, stated that restrictions on the right to vote should be “objective and reasonable” and that “[i]f conviction for an offence is a basis for suspending the right to vote, the period of such suspension should be proportionate to the offence and the sentence”: “General Comment Adopted by the Human Rights Committee under Article 40, Paragraph 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, General Comment No. 25 (57), Annex V, CCPR/C/21, Rev. 1, Add. 7, August 27, 1996. It is likely caveats, such as the one in Art. 25 of the *ICCPR*, which led the international non-governmental organization Penal Reform International, in their 1995 publication *Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice*, at pp. 13-14, to distinguish between “retained rights”, which it advocated must be retained in a prison setting, and other rights which may be limited, amongst which was listed the right to vote.

Therefore, when one looks to the range of balances selected by Canadian provinces, other countries, and as reflected in international instruments, it becomes clear that in theory there is not a single response to the question at hand. The overview presents a range of reasonable and rational balances

les personnes détenues provisoirement) ou radicalement. Mais il appartient au Parlement, et non aux cours de justice, d’en décider.

Ces propos sont d’autant plus pertinents que la voie choisie par le législateur canadien par l’adoption de l’al. 51e) de la Loi est bien plus modérée que celle retenue par le Parlement du Royaume-Uni.

Certains instruments internationaux renferment également des dispositions sur le droit de vote des prisonniers. L’article 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (« *PIRD* ») dispose que tout citoyen doit avoir « le droit et la possibilité » de voter « sans restrictions déraisonnables » : *PIRD*, 999 R.T.N.U. 171, entré en vigueur le 23 mars 1976. Dans ses observations générales sur l’art. 25 du *PIRD*, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies a dit que les restrictions au droit de vote devaient reposer sur des critères « objectifs et raisonnables » et que « [s]i le fait d’avoir été condamné pour une infraction est un motif de privation du droit de vote, la période pendant laquelle l’interdiction s’applique devrait être en rapport avec l’infraction et la sentence » : « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l’homme au titre du paragraphe 4 de l’article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996. Ce sont vraisemblablement des réserves comme celles exprimées à l’art. 25 du *PIRD* qui ont amené l’Association internationale de réforme pénale, organisation non gouvernementale, dans sa publication de 1997 *Pratique de la prison : Du bon usage des règles pénitentiaires internationales*, p. 6, à établir une distinction entre les « droits particuliers », qui, selon elle, devraient continuer de s’appliquer dans le contexte carcéral et les droits qui peuvent être restreints, dont celui de voter.

D’après les différentes solutions qui sont retenues dans les provinces canadiennes et à l’étranger et que reflètent les instruments internationaux, il est clair que, théoriquement, il n’y a pas qu’un seul moyen de résoudre le problème qui se pose en l’espèce. Le survol fait ressortir toute une gamme de

which have been struck. On the spectrum which is the result of the above overview, Canada's line appears quite moderate.

H) *Application of the Oakes Test*

135 With all of the above commentary regarding flexibility, context, especially the relationship between the justification put forth by the Crown and a reasonable and logical prior social or political philosophy, the role of symbolic arguments, the importance of deference, and the variety of reasonable and rational balances struck by Canadian provinces and within the international community in mind, I now turn to the application of the *Oakes* test itself.

(1) Is the Limit Prescribed by Law?

136 It is obvious that the limit is prescribed by law: s. 51(e) of the Act is clear and not vague.

(2) Are the Objectives Pressing and Substantial?

137 The task of the Court at this phase of the *Oakes* test is to determine whether the concern which prompted the enactment of the impugned provision is pressing and substantial and whether the purpose of the legislation is one of sufficient importance: *Irwin Toy, supra*, at p. 987, *per* Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) and Wilson J. At this stage, there is an important distinction to be made between the objective and the means chosen to implement that objective, since this phase is related to the Court's checking that the objectives are consistent with the principles, integral in a free and democratic society, pressing and substantial and directed to the realization of collective goals of fundamental importance: *Oakes, supra*, at pp. 138-39.

138 As a preliminary matter I think it is important to stress that, given the nature of the impugned provision and the nature of this particular context, it is advisable to not become over-constrained by the specific language or formulation of the objectives offered by the Crown. Therefore, I agree with Linden J.A. in his general statement, at para. 99:

dosages raisonnables et rationnels parmi lesquels la position canadienne paraît très modérée.

H) *L'application du critère de l'arrêt Oakes*

En gardant présentes à l'esprit toutes les observations qui précèdent concernant la souplesse, le contexte, en particulier le lien entre la justification avancée par le ministère public et l'adhésion préalable à une philosophie sociale ou politique à la fois raisonnable et logique, le rôle des arguments symboliques, l'importance de la retenue judiciaire et la variété de dosages raisonnables et rationnels établis dans les provinces canadiennes et à l'échelle internationale, je me penche maintenant sur l'application du critère dégagé dans l'arrêt *Oakes*.

(1) Le droit est-il restreint par une règle de droit?

Le droit en cause est manifestement restreint par une règle de droit, l'al. 51e) de la Loi étant clair, et non imprécis.

(2) Les objectifs sont-ils urgents et réels?

Il incombe à la Cour, à ce stade-ci du critère de l'arrêt *Oakes*, de décider si la préoccupation qui a incité le législateur à adopter la disposition en cause est urgente et réelle et si l'objectif de la mesure législative est suffisamment important : *Irwin Toy*, précité, p. 987, le juge en chef Dickson, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) et le juge Wilson. À cette étape de l'analyse, il importe de distinguer entre l'objectif et le moyen choisi pour l'atteindre, la Cour devant s'assurer qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel, conforme aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique et visant la réalisation d'objectifs collectifs d'une importance fondamentale (*Oakes*, précité, p. 138-139).

Vu la nature de la disposition en cause et le contexte particulier de l'espèce, il convient de signaler tout d'abord qu'il ne faut pas s'en tenir trop strictement aux termes employés par le ministère public pour formuler les objectifs. Je souscris donc à l'affirmation générale du juge Linden de la Cour d'appel fédérale (au par. 99) :

. . . I would leave to philosophers the determination of the “true nature” of the disenfranchisement. It may be argued that this legislation does different things — it imposes a civil consequence, it fixes a civil disability, it imposes a criminal penalty, it furthers a civic goal, it promotes an electoral goal, or it is part of the sentencing process. I believe that these arguments, made alone, are of limited assistance. There are elements of all these ideas and ideals at work here. [Emphasis in original.]

Parliament’s two principal objectives in s. 51(e) of the Act, accepted by both the trial judge and the Federal Court of Appeal below, are: the enhancement of civic responsibility and respect for the rule of law, and the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. Above, I developed the view that these objectives are based upon a reasonable and rational social or political philosophy. Thus, I am of the view that any provision which seeks to advance such objectives clearly has a pressing and substantial purpose.

With regard to the first objective, that of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law, the Crown submits that it basically relates to the promotion of good citizenship. This objective also reflects society’s desire to buttress the rule of law. I discussed both of these notions above, where I addressed how they relate to a reasonable and rational political or social philosophy, the view that the social rejection of serious crime reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community.

The Crown submits that it is illustrative to look to other jurisdictions so as to note that many liberal democracies do limit prisoner voting. The trial judge, agreeing with Strayer J. in *Belczowski* (at the trial level), *supra*, questioned the usefulness of looking to other jurisdictions. Particularly, after having surveyed the evidence, Wetston J. at trial below noted that it was difficult to draw meaningful conclusions about why some free and democratic societies disenfranchise criminal offenders while others do not. It has been submitted that the fact that there is no single accepted theoretical basis for

Je laisserai aussi aux philosophes la question de la « véritable nature » de l’incapacité à voter. On pourrait plaider que la loi agit à différents égards — elle impose une conséquence civile, elle établit une incapacité civile, elle impose une sanction pénale, elle poursuit un but civique, elle favorise la réalisation d’un but électoral ou elle fait partie intégrante de la détermination de la peine. Je crois que ces arguments, seuls, ne sont que d’une utilité limitée. Des éléments de tous ces concepts ou idéaux sont en jeu en l’espèce. [Souligné dans l’original.]

Reconnus tant par le juge de première instance que par la Cour d’appel fédérale, les deux principaux objectifs qui sous-tendent l’al. 51e) de la Loi sont d’accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. Comme je l’ai démontré précédemment, ces objectifs se fondent sur une philosophie sociale ou politique à la fois raisonnable et rationnelle. Je suis donc d’avis que toute disposition visant la réalisation de ces objectifs répond clairement à un besoin urgent et réel.

En ce qui concerne le premier objectif — accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit —, le ministère public soutient qu’il est fondamentalement lié à la promotion du sens civique. Cet objectif traduit également la volonté sociale d’affirmer la primauté du droit. Lorsque j’ai analysé ces deux notions, j’ai indiqué en quoi elles se rattachent à une philosophie sociale ou politique, raisonnable et rationnelle : la réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l’importance du lien entre l’individu et la collectivité.

Le ministère public fait valoir qu’il suffit de se tourner vers les autres ressorts pour remarquer que de nombreuses démocraties libérales limitent le droit de vote des prisonniers. Partageant le point de vue du juge Strayer dans *Belczowski* (première instance), précité, le juge Wetston a remis en question l’utilité de l’examen des solutions adoptées dans d’autres ressorts. Au procès, après un survol de la preuve, le juge Wetston a particulièrement signalé qu’il était difficile de tirer des conclusions valables quant aux motifs pour lesquels, dans certaines sociétés libres et démocratiques, les prisonniers

139

140

141

liberal democracy, no unified liberal political theory, means that civic responsibility should not be considered a significant objective of public policy. I do not agree with this submission. I acknowledge that the practices of other liberal democracies, as reviewed above, are mixed. I suggest, however, that while such evidence is clearly not capable of disposing of the issue, it is highly relevant. The examination of other liberal democracies simply demonstrates that there is a range of reasonable and rational balances that have been struck. The promotion of civic responsibility does not hinge on there being a single theory for liberal democracy. The lack of there being a unified political theory is, so to speak, the point of the overview. Reasonable and rational persons and legislatures disagree on the issue of prisoner disenfranchisement.

142 As noted above, it has been alleged that the “promotion of civic responsibility” is excessively abstract, generalized, symbolic, unrealistic and ambiguous. I spent some time above discussing that symbolic or abstract purposes can be valid of their own accord and must not be downplayed simply for the reason of their being symbolic.

143 The crux of the trial judge’s analysis regarding this first objective is found at pp. 882-83 of his reasons:

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

sont habiles à voter et, dans d’autres, ils ne le sont pas. On a invoqué le fait qu’il n’existe pas un fondement théorique unique de la démocratie libérale ni une théorie unifiée de la politique libérale pour soutenir que la responsabilité civique ne doit pas être considérée comme un objectif important de la politique gouvernementale. Je ne suis pas d’accord. Je reconnais que les solutions retenues dans d’autres démocraties libérales sont variées. Même si elle ne permet manifestement pas de trancher la question en litige, j’estime cependant que cette preuve est très pertinente. L’examen de la situation dans d’autres démocraties libérales montre simplement que différents dosages raisonnables et rationnels ont été établis. La promotion de la responsabilité civique ne dépend pas de l’existence d’un fondement théorique unique à la démocratie libérale. L’intérêt du survol est justement de montrer qu’il n’y a pas de théorie politique unifiée. Des citoyens et des élus raisonnables et rationnels ne s’entendent pas sur la question du droit de vote des prisonniers.

Comme je l’ai mentionné précédemment, on a allégué que la « promotion de la responsabilité civique » revêt un caractère trop abstrait, général, symbolique, irréaliste et équivoque. J’ai déjà expliqué qu’un argument symbolique ou abstrait peut être valable en soi et ne doit pas être minimisé du simple fait qu’il est symbolique.

Le juge de première instance conclut essentiellement ce qui suit au sujet de ce premier objectif (aux p. 882-883) :

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

important, as part of the shaping of the voluntary social order, for persons to know in advance what the consequences of their actions might be: E. Colvin, “Criminal Law and The Rule of Law” in *Crime, Justice & Codification* . . . at page 125.

The pressing and substantial nature of this objective was agreed with by the majority of the Federal Court of Appeal below. To support this, Linden J.A. cited as fn. 103 in para. 100 a passage from the decision of this Court in *Harvey*, *supra*, where the majority of this Court upheld similarly abstract objectives. At para. 38 of that case, La Forest J. wrote that:

I have no doubt that the primary goal of the impugned legislation is to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Nor do I doubt that such an objective is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society. [Emphasis added.]

I am of the view that the objectives advanced in the case at bar are highly similar and are clearly pressing and substantial.

Turning now to the second objective, that of the enhancement of the general purposes of the criminal sanction, the Crown submits that this objective has retributive, denunciatory and morally educative functions. The appellants submit that this is an additional and gratuitous punishment, and serves only to comfort those outside prison by further stigmatizing those in prison as disconnected social outcasts. They submit that a retributive philosophy of punishment does not correspond to the empirical realities of present-day Canadian society.

Hugessen J.A., in *Belczowski* at the Federal Court of Appeal, and Arbour J.A., in the first *Sauvé* case, were of the view that disenfranchisement of prisoners is problematic since it effectively amounts to a “punishment for imprisonment rather than for the commission of an offence”. I disagree. Disenfranchisement arising from s. 51(e) of the Act is directly related to the length of the sentence, reflecting the nature of the criminal offence and the

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

La majorité de la Cour d’appel fédérale a convenu du caractère urgent et réel de cet objectif. Le juge Linden a cité à l’appui, dans la note 103 du par. 100, un extrait de l’arrêt *Harvey*, précité, où les juges majoritaires de la Cour ont confirmé la validité d’une disposition ayant des objectifs abstraits semblables. Au paragraphe 38, le juge La Forest écrit :

Je ne doute pas que la loi contestée ait principalement pour but de maintenir et de renforcer l’intégrité du processus électoral. Je ne doute pas non plus qu’un tel objectif soit toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d’une société libre et démocratique. [Je souligne.]

Je suis d’avis que les objectifs invoqués en l’espèce sont très semblables et qu’ils sont nettement urgents et réels.

Quant au deuxième objectif — favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale —, le ministère public soutient qu’il a une fonction punitive, exemplaire et édifiante. Les appelants y voient un châtement supplémentaire et gratuit qui ne sert qu’à apaiser la population en stigmatisant davantage les détenus et en les traitant comme des parias. Ils avancent que la philosophie punitive invoquée ne correspond pas aux réalités empiriques de la société canadienne d’aujourd’hui.

Le juge Hugessen de la Cour d’appel fédérale dans *Belczowski* et le juge Arbour de la Cour d’appel de l’Ontario dans la première affaire *Sauvé* ont tous deux estimé que le retrait du droit de vote aux prisonniers était problématique parce qu’il équivalait en fait à une punition pour l’emprisonnement et non pour la perpétration d’une infraction. Je ne suis pas de cet avis. La privation du droit de vote découlant de l’al. 51(e) de la Loi

144

145

146

criminal activity committed. It is a valid objective for Parliament to develop appropriate sanctions and punishments for serious crime. Further, it cannot be necessary for the nature of a sanction to be in some way directly related to the nature of the crime perpetrated, i.e. that only those convicted of electoral offences be deprived of the vote. As discussed above, incarcerated persons lose the vote because they have been convicted of serious criminal offences and are the subjects of punishment. The disenfranchisement is a civil disability arising from the criminal conviction. The key fact which gives rise to the disenfranchisement is serious criminal activity as identified by Parliament.

147 The trial judge held that s. 51(e) of the Act clearly does have a punitive aspect with a retributive function. This conclusion was adopted by Linden J.A. at the Court of Appeal, in para. 100.

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

148 I am of the view that there was no error made by the courts below in identifying the objectives and in determining them to be pressing and substantial. I think that the importance of both objectives is obvious.

(3) Proportionality

(a) *Rational Connection*

149 This first branch of the proportionality inquiry demands that this Court examine whether there is a rational connection between the disenfranchisement

est directement liée à la durée de la peine infligée et, par conséquent, à la nature de l’infraction et de l’acte criminel commis. Le législateur peut légitimement concevoir les sanctions et les peines qu’il convient d’infliger aux auteurs d’actes criminels graves. Par ailleurs, on ne saurait exiger que la nature de la sanction soit de quelque manière liée directement à la nature de l’acte criminel perpétré, c.-à-d. que seules les personnes reconnues coupables d’une infraction en matière électorale soient privées du droit de vote. Comme je l’ai expliqué précédemment, les personnes incarcérées perdent le droit de vote parce qu’elles ont été déclarées coupables d’actes criminels graves et font l’objet d’une punition. L’incapacité à voter est une incapacité civile découlant de la déclaration de culpabilité. Fondamentalement, c’est l’activité criminelle grave, définie par le législateur, qui donne lieu à l’incapacité.

Le juge de première instance a statué que l’al. 51e) de la Loi a clairement un aspect punitif et inflige un châtement. Le juge Linden de la Cour d’appel fédérale en a convenu (au par. 100) :

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

J’estime que les tribunaux d’instance inférieure n’ont commis aucune erreur en déterminant les objectifs et en concluant qu’ils étaient urgents et réels. Je crois que l’importance des deux objectifs est manifeste.

(3) La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

Ce premier volet de l’application du critère de la proportionnalité exige que la Cour décide s’il existe ou non un lien rationnel entre l’incapacité à

in s. 51(e) of the Act and the objectives of the legislation. Therefore, the question is whether Parliament had a reasonable basis, based on the arguments and evidence advanced, for thinking that the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders would augment civic responsibility and respect for the rule of law and enhance the general purposes of the criminal sanction. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 291, Wilson J. summarized what this inquiry demands:

The *Oakes* inquiry into “rational connection” between objectives and means to attain them requires nothing more than a showing that the legitimate and important goals of the legislature are logically furthered by the means government has chosen to adopt. [Emphasis added.]

This Court has unanimously agreed that “[r]ational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or simply common sense”: *RJR-MacDonald*, *supra*, per La Forest J., at para. 86, McLachlin J., at paras. 156-58, and Iacobucci J., at para. 184; referred to in *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 39. The existence of scientific proof is simply of probative value in supporting this reason, logic or common sense. In the case at bar, as discussed above, a causal relationship between disenfranchising prisoners and the objectives approved of above is not empirically demonstrable. However, this Court has clearly stated that Parliament must be afforded a margin of appreciation in regard to legitimate objectives which may, nonetheless, be based upon somewhat inconclusive social science evidence: Sopinka J. in *Butler*, *supra*, at pp. 502-3. I offer two examples: in *Butler*, Sopinka J. found, at p. 502, that it was “reasonable to presume” that there was a causal relationship between obscenity and harm to society, and in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101, La Forest J. stated that it was “reasonable to anticipate” that there was a causal link between anti-Semitic activity by school teachers outside school and discriminatory attitudes within school. Thus, it is clear that this Court’s approach to this dimension of the test demands not the

voter prévue à l’al. 51e) et les objectifs de la Loi. La question est donc de savoir si, compte tenu des arguments et des éléments de preuve présentés, le législateur avait des motifs raisonnables de croire que le retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves accroîtrait la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et favoriserait la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 291, le juge Wilson a résumé l’objet de l’analyse :

L’examen, proposé dans *Oakes*, du « lien rationnel » entre les objectifs et les moyens choisis pour les atteindre n’exige rien de plus que la démonstration que les moyens retenus par le gouvernement favorisent logiquement la réalisation des objectifs légitimes et importants du législateur. [Je souligne.]

La Cour a statué à l’unanimité que « [l]e lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens » : *RJR-MacDonald*, précité, le juge La Forest, par. 86, le juge McLachlin, par. 156-158, et le juge Iacobucci, par. 184; cité dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 39. L’existence d’une preuve scientifique n’a valeur probante qu’à l’appui de la raison, de la logique ou du bon sens. Comme je l’ai expliqué, il n’est pas possible, en l’espèce, d’établir empiriquement l’existence d’un lien causal entre l’inhabilité des détenus à voter et les objectifs légitimes susmentionnés. La Cour a cependant dit clairement que le législateur doit avoir une marge d’appréciation à l’égard d’objectifs qui sont légitimes, mais qui peuvent néanmoins se fonder sur des preuves plus ou moins concluantes relevant des sciences humaines : le juge Sopinka, dans *Butler*, précité, p. 502-503. En outre, dans ce même arrêt, le juge Sopinka conclut à la p. 502 qu’il était « raisonnable de supposer » qu’il existe un lien causal entre l’obsécinité et le préjudice causé à la société; dans *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101, le juge La Forest écrit qu’il était « raisonnable de s’attendre » à ce qu’il y ait un lien causal entre les activités antisémites des enseignants après les heures de classe et les comportements discriminatoires au sein de l’école. Il est donc manifeste que, pour

strongest connection, the most convincing rational connection, but a logical or rational connection.

151 In my view, it is obvious that s. 51(e) of the Act meets this requirement. The arguments in favour of the rational connection clearly meet the standard which this Court normally applies at this stage of the analysis, that the pressing and substantial legislative objectives are at least logically furthered by the means selected by Parliament in s. 51(e) of the Act. At this phase of the proportionality inquiry, it is particularly important to continue to keep in mind the contextual factors which have been discussed above.

152 The trial judge below stated that while he was of the view that there was a complete lack of empirical evidence to support the rational connection, this was not determinative, in that he was satisfied that there was a rational or common sense basis upon which to assume that disenfranchising prisoners is meant to promote civic responsibility. He thus concluded that a rational connection was, as a matter of common sense, made out. I agree. He based this largely upon the view that the objectives here are symbolic: society strongly disapproves of certain forms of conduct. He also found the morally educative argument to be a compelling basis for the rational connection. The fact that many offenders are not caught, and thus perhaps those who are actually incarcerated are clearly singled out, also fails to undermine the rational connection.

153 The crux of the trial judge's reasoning concerning the first objective was that he

seems to have accepted the evidence of Dr. Thomas Pangle and Dr. Christopher Manfredi, who testified that a legislative objective of enhancing civic responsibility and fostering respect for the rule of law was rationally connected to legislation which denounces disrespect for the process of law and for the social contract, and which restricts the franchise as a means of showing connection to the Canadian polity.

(As *per* Linden J.A. at the Federal Court of Appeal, para. 105)

que, pour l'application de ce volet du critère, la Cour n'exige pas le lien le plus solide, le lien rationnel le plus convaincant, mais bien un lien logique ou rationnel.

Il me paraît évident que l'al. 51e) de la Loi satisfait à cette exigence. Les arguments favorables à l'existence d'un lien rationnel respectent clairement la norme que la Cour applique normalement à ce stade de l'analyse, à savoir que la mesure choisie par le législateur à l'al. 51e) de la Loi favorise au moins logiquement la réalisation des objectifs législatifs urgents et réels. À cette étape de l'examen de la proportionnalité, il importe tout particulièrement de ne pas perdre de vue les facteurs contextuels dont j'ai fait état précédemment.

Le juge de première instance affirme que, même s'il était d'avis qu'aucune donnée empirique n'appuyait l'existence d'un lien rationnel, cela n'était pas déterminant, puisqu'il était convaincu de l'existence d'un fondement rationnel ou logique permettant de présumer que le retrait du droit de vote aux prisonniers visait à promouvoir le sens civique. Il a donc conclu que l'existence d'un lien rationnel avait logiquement été établie. Je suis d'accord. Cette conclusion s'appuie essentiellement sur le caractère symbolique des objectifs considérés en l'espèce : la société désapprouve fortement certains types de comportement. Il trouve convaincant aussi l'argument de l'éducation morale pour conclure à l'existence d'un lien rationnel. Le fait que de nombreux contrevenants échappent à la justice alors que ceux qui se retrouvent derrière les barreaux écoupent ne compromet pas non plus l'existence d'un lien rationnel.

Le raisonnement du juge de première instance au sujet du premier objectif repose essentiellement sur le fait qu'il a retenu

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

(Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale, par. 105)

With regard to the second objective, the trial judge found at p. 892 of his reasons that:

... a rational connection exists between the impugned provision and the stated objective of enhancing the criminal sanction. As an aid to punishment, the provision clearly imposes a sanction, and denounces bad conduct. In the present case, the sanction takes the form of a disenfranchisement, in addition to the loss of liberty. A fundamental democratic right has been removed for crimes committed, and its removal is clearly felt as a deprivation by Mr. Sauvé and Mr. Spence. It is also reasonable to conclude that a morally educative message is sent to offenders, and possibly to the general population, by the imposition of a sanction.

The majority of the Federal Court of Appeal agreed with the trial judge that the promotion of civic responsibility is rationally connected to the impugned provision. The majority noted specifically that, while it was also possible to argue that all laws strive to promote civic responsibility, the common sense connection was adequately established in this case. Linden J.A. also agreed with the trial judge that the objective of promoting the criminal sanction was also made out.

Linden J.A. was satisfied that the two-year cutoff did catch serious and repeat offenders, based on the statistical data which showed that, as of April 1995, of a sample of 14,179 inmates in federal penitentiaries who had been sentenced to two or more years, each had committed, on average, 29.5 offences. I think that this is highly relevant, particularly given the Chief Justice's view that the disenfranchising provision is insufficiently tailored. Wetston J., at pp. 878-79, looked to the criminal records of the appellants as illustrative of this point:

Mr. Sauvé, for example, was convicted of murder as an aider and abettor. While he committed only one significant offence, he was sentenced to a period of twenty-five years in prison. In contrast, Mr. Spence's criminal record

En ce qui a trait au deuxième objectif, le juge de première instance a conclu à la p. 892 de ses motifs :

... il existe un lien rationnel entre la disposition attaquée et l'objectif avoué de mettre en relief la sanction pénale. Comme auxiliaire à la peine imposée, il est bien certain que la disposition impose une sanction et dénonce la mauvaise conduite. Dans la présente affaire, la sanction prend la forme de la perte du droit de vote en plus de la perte de la liberté. Un droit démocratique fondamental a été retiré par suite des crimes qui ont été commis et MM. Sauvé et Spence considèrent indéniablement la suppression de ce droit comme une privation. Il est également raisonnable de conclure que l'imposition d'une sanction transmet un message moralisateur aux contrevenants et peut-être même à l'ensemble de la population.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont convenu avec le juge de première instance qu'il y avait un lien rationnel entre la promotion de la responsabilité civique et la disposition contestée. Ils ont précisé que même s'il était par ailleurs possible de soutenir que toute disposition législative vise à promouvoir le sens civique, l'existence d'un lien logique était adéquatement établie en l'espèce. Pour sa part, le juge Linden a également convenu avec le juge de première instance que l'objectif de promouvoir la sanction pénale a aussi été établi.

Sur la foi de données statistiques selon lesquelles, en avril 1995, les 14 179 contrevenants détenus dans des établissements fédéraux et purgeant une peine de deux ans ou plus compris dans l'échantillon avaient commis en moyenne 29,5 infractions chacun, le juge Linden s'est dit convaincu que la limite de deux ans permettait d'exclure de l'électorat les grands criminels et les récidivistes. Cela me paraît très pertinent, surtout compte tenu de l'opinion du Juge en chef selon laquelle la disposition sur la privation du droit de vote n'est pas suffisamment circonscrite. De son examen des casiers judiciaires des appelants, le juge Wetston (aux p. 878-879) en tire l'illustration suivante :

Par exemple, M. Sauvé a été reconnu coupable de complicité de meurtre. Même s'il n'a commis qu'une seule infraction grave, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de vingt-cinq ans. En revanche, le dossier de

154

155

reveals a history of repeated crimes which eventually led to a four-year term of imprisonment for armed robbery and related offences. Clearly, both individuals engaged in serious criminal conduct, which the courts punished by way of prison sentences of more than two years. Thus, the records of Mr. Sauvé and Mr. Spence also lend support to the defendants' assertion that prison sentences of two years or more target serious criminals and repeat offenders.

156 I note that in *Harvey, supra*, La Forest J. was convinced that the five-year disqualification from voting, holding office, or being elected to the Legislative Assembly for persons found guilty of illegal electoral practices found in the New Brunswick *Elections Act* was rationally connected to the legislative objective of enhancing the integrity of the electoral process. He noted at para. 41:

A mandatory disqualification acts as a strong deterrent and helps to promote confidence in the electoral system [T]he . . . contention that the disqualification displays paternalism on the part of the legislature misses the point. The provision is meant to protect the public not only from a particular offender, but from offenders in general. In other words the legislature is aiming at both general and specific deterrence.

He concluded at para. 43 by noting:

. . . s. 119(c) is rationally connected to the objective of preserving the integrity of the electoral process and is not arbitrary in that it applies only to a specified group of individuals who are charged with and convicted of specified offences.

In my view, a similar analysis applies in the case at bar.

157 I support the analysis of the courts below: reason, logic and common sense, as well as extensive expert evidence support a conclusion that there is a rational connection between disenfranchising offenders incarcerated for serious crimes and the objectives of promoting civic responsibility and the rule of law and the enhancement of the general objectives of the penal sanction. The rational connection between the disenfranchisement and the first objective is explained above, in my discussion of dignity and the fact that removing the right to vote

M. Spence est celui d'un récidiviste qui a été condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans pour avoir commis un vol à main armée et différentes infractions connexes. De toute évidence, l'un comme l'autre ont commis des crimes graves que les tribunaux ont punis par des peines d'emprisonnement de plus de deux ans. Les casiers judiciaires de MM. Sauvé et Spence appuient donc la thèse des défendeurs selon laquelle les peines d'emprisonnement d'au moins deux ans visent les personnes coupables de crimes graves et les récidivistes.

Dans *Harvey*, précité, le juge La Forest s'est dit convaincu de l'existence d'un lien rationnel entre l'interdiction de cinq ans prévue par la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, selon laquelle les personnes déclarées coupables de pratiques électorales illicites ne peuvent voter, remplir une charge ou être élues à l'Assemblée législative et l'objectif législatif de préserver l'intégrité du processus électoral. Voici ce qu'il dit au par. 41 :

En effet, une période d'inéligibilité obligatoire constitue un bon moyen de dissuasion et contribue à donner confiance dans le système électoral. [. . .] [L]'appelant rate la cible lorsqu'il prétend que l'inéligibilité est une manifestation de paternalisme de la part du législateur. La disposition vise à protéger le public non seulement contre un contrevenant en particulier, mais encore contre les contrevenants en général. Autrement dit, le législateur vise un objectif de dissuasion à la fois générale et spécifique.

Puis il conclut au par. 43 :

. . . l'al. 119c) a un lien rationnel avec l'objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral et [. . .] il n'est pas arbitraire du fait qu'il s'applique seulement à un groupe précis de personnes qui sont accusées et déclarées coupables d'infractions précises.

J'estime que la même analyse vaut en l'espèce.

Je souscris à l'analyse des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle la raison, la logique et le bon sens, ainsi que d'abondants témoignages d'experts, permettent de conclure qu'il y a un lien rationnel entre l'inhabilité à voter des personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves et les objectifs de promouvoir la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. J'ai déjà expliqué le lien qui existe entre la privation du droit de vote et le premier objectif

from serious incarcerated criminals does no injury to, but rather recognizes their dignity (see paras. 68-76). It is also explained above in the section entitled “A Rational and Reasonable Social or Political Philosophy Underpins the Crown’s Justification for the Limitation of the Section 3 Right” (see especially paras. 114-121), and below in my discussion of the salutary effects of the measure (see especially paras. 180-183). In the latter section, I discuss the legislation’s expression of societal values and its signalling effect. The Chief Justice prefers a different line of reasoning. Citing Mill as her authority, she states that “denying penitentiary inmates the right to vote is more likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values” (para. 41). However, apart from one philosopher, she provides no support for this contention; she simply replaces one reasonable position with another, dismissing the government’s position as “unhelpful” (para. 37 of the Chief Justice’s reasons).

The rational connection between the legislation and the enhancement of the criminal sanction is also elaborated on elsewhere. Below, at paras. 160 to 174 on minimal impairment, I explain at length that the disenfranchisement is carefully tailored to apply to perpetrators of serious crimes. I therefore disagree with the Chief Justice’s statement that denial of the right to vote is insufficiently tailored and therefore not rationally connected to legitimate punishment. I also explain below, at para. 183 of my discussion of salutary effects, that denial of the right to vote is perceived as meaningful by the prisoners themselves (the evidence of the appellant Aaron Spence supports this) and can therefore contribute to the rehabilitation of prisoners.

The arguments raised by the appellants are not destructive of the rational connection between Parliament’s objectives and legislative action, and do not support disregarding the findings of both lower courts. As *per* Wilson J. in *Lavigne*, *supra*, Parliament’s goals are obviously “logically

lorsque j’ai parlé de la dignité et mentionné que le retrait du droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves ne porte pas atteinte à leur dignité, mais la reconnaît (voir par. 68-76). Je l’explique aussi dans la partie intitulée « Une philosophie sociale ou politique à la fois rationnelle et raisonnable sous-tend la justification, avancée par le ministère public, de la restriction du droit garanti à l’art. 3 » (voir particulièrement par. 114-121) et dans mon analyse des effets bénéfiques de la mesure (voir particulièrement par. 180-183). Dans la deuxième partie, j’ai parlé des valeurs sociales que celle-ci exprime et du message qu’elle transmet. Le Juge en chef préfère un autre raisonnement. Citant Mill à l’appui, elle écrit : « priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs » (par. 41). Toutefois, à part ce philosophe, elle n’assortit sa déclaration d’aucune justification; elle remplace simplement un point de vue raisonnable par un autre, rejetant celui du gouvernement au motif qu’il « n’a aucune utilité » (par. 37 des motifs du Juge en chef).

J’ai aussi analysé ailleurs le lien rationnel entre la disposition législative et l’accroissement de la sanction pénale. Plus loin, aux par. 160-174 sur l’atteinte minimale, j’ai longuement expliqué que la privation du droit de vote a été soigneusement adaptée de manière à ne viser que les personnes qui ont commis un acte criminel grave. Je ne souscris donc pas à la déclaration du Juge en chef que le retrait du droit de vote n’est pas suffisamment adapté et qu’il n’a donc aucun lien rationnel avec la punition légitime. Je vais aussi expliquer plus loin, au par. 183 de mon analyse des effets bénéfiques, que la privation du droit de vote est perçue comme significative par les prisonniers eux-mêmes (le témoignage de l’appelant Aaron Spence appuie cette thèse) et peut donc contribuer à leur réadaptation.

Les arguments des appelants ne réfutent pas l’existence d’un lien rationnel entre les objectifs du législateur et la mesure législative ni la pertinence des conclusions tirées des deux tribunaux d’instance inférieure. Comme l’a dit le juge Wilson dans *Lavigne*, précité, de toute évidence, les moyens

158

159

furthered by the means government has chosen to adopt” (p. 291 (emphasis added)). In particular, I share the view of the courts below that given that, the objectives are largely symbolic, common sense dictates that social condemnation of criminal activity and a desire to promote civic responsibility are reflected in disenfranchisement of those who have committed serious crimes. This justification is rooted in a reasonable and rational social and political philosophy which has been adopted by Parliament. Further, it can hardly be seen as “novel”, as stated in the Chief Justice’s reasons, at para. 41. The view of the courts below is that generally supported by democratic countries. Countries including the United States, the United Kingdom, Australia, New Zealand, and many European countries such as France and Germany, have, by virtue of choosing some form of prisoner disenfranchisement, also identified a connection between objectives similar to those advanced in the case at bar and the means of prisoner disenfranchisement.

(b) *Minimal Impairment*

160 The Crown must demonstrate that the impairment of rights is minimal, i.e. that the law was carefully tailored so that *Charter* rights are impaired no more than is necessary to meet the legislative provision’s objectives. Minimal impairment is about analysing the line that has been drawn. This analysis does not, notably, require the Crown to have adopted the absolutely least intrusive means for promoting the purpose, although it does require that the Crown prefer a significantly less intrusive means if it is of equal effectiveness. In *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160, McLachlin J. stated:

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

retenus par le législateur « favorisent logiquement » la réalisation de ses objectifs (p. 291 (je souligne)). Plus particulièrement, je conviens avec les tribunaux d’instance inférieure que, dans la mesure où les objectifs sont essentiellement symboliques, le bon sens veut que la réprobation sociale de l’activité criminelle et la volonté de favoriser la responsabilité civique se traduisent par l’incapacité à voter de ceux qui ont commis des actes criminels graves. Cette justification prend sa source dans une philosophie sociale ou politique, à la fois raisonnable et rationnelle, à laquelle a adhéré le législateur. De plus, on peut difficilement qualifier de « nouvelle » cette théorie, comme le Juge en chef le fait dans ses motifs (par. 41). La thèse des tribunaux d’instance inférieure est celle que retiennent généralement les pays démocratiques. Certains pays, dont les États-Unis, le Royaume-Uni, l’Australie, la Nouvelle-Zélande, ainsi que bon nombre d’États européens, dont la France et l’Allemagne, en optant pour une forme ou une autre d’incapacité des prisonniers à voter, ont également conclu à l’existence d’un lien entre des objectifs semblables à ceux avancés en l’espèce et les moyens retenus pour exclure les détenus de l’électorat.

b) *L’atteinte minimale*

Le ministère public doit prouver que l’atteinte est minimale, c’est-à-dire que la disposition a été soigneusement adaptée de façon à ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs du législateur. Il faut alors examiner la limite qui a été tracée. L’État n’est évidemment pas tenu d’établir qu’il a adopté le moyen le moins attentatoire qui soit pour favoriser la réalisation des objectifs. Cependant, à efficacité égale, le moyen sensiblement moins attentatoire doit avoir été privilégié. Dans *RJR-MacDonald*, précité, par. 160, le juge McLachlin dit :

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

In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 782, Dickson C.J. stated: “The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.” See also *Ross*, *supra*, at para. 108. In the case at bar, these passages are of the utmost relevance, insofar as they encompass a recognition of the need for deference in the context of a case such as the one at bar.

I emphasize that it was “particularly” on the ground of minimal impairment that this Court, in the first *Sauvé* case, established that the previous s. 51(e) of the Act, which disenfranchised all prisoners regardless of the duration of their incarceration, was contrary to the *Charter* and incapable of being justified under s. 1. Our decision was, at pp. 439-40:

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

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

The language of Iacobucci J.’s reasons seem to imply that, while Parliament’s complete ban of prisoner voting in the old provision was unconstitutional, Parliament was free to investigate where an appropriate line could be drawn. This is exactly what it was in the process of doing at the time the first *Sauvé* case was heard. It has drawn a line in the form of s. 51(e) of the Act.

The appellants and their experts have argued that there are less intrusive means for the Crown to pursue its objectives: disenfranchisement could be left to the discretion of the sentencing judge; as *per* the Lortie Commission, only those convicted of the most serious offences (those punishable by

Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 782, le juge en chef Dickson a dit que « [l]es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l’endroit où tracer une ligne de démarcation. » Voir également *Ross*, précité, par. 108. Ces extraits revêtent la plus grande importance en l’espèce dans la mesure où la Cour y reconnaît la nécessité de faire preuve de retenue dans des circonstances apparentées à celles de la présente affaire.

Je souligne que, dans la première affaire *Sauvé*, c’est en se fondant « particulièrement » sur le critère de l’atteinte minimale que la Cour a statué que l’ancien al. 51e) de la Loi, qui privait du droit de vote tous les détenus indépendamment de la durée de leur incarcération, était contraire à la *Charte* et ne pouvait être justifié en vertu de l’article premier. Nous avons donc rendu la décision suivante (aux p. 439-440) :

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

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

Dans ses motifs, le juge Iacobucci donne à penser que malgré l’inconstitutionnalité de la disposition rendant tous les prisonniers inhabiles à voter, il était loisible au législateur de rechercher l’endroit où il conviendrait de tracer une ligne de démarcation. C’est précisément ce que le Parlement faisait à l’époque de l’audition de la première affaire *Sauvé*, et la limite retenue correspond à l’actuel al. 51e) de la Loi.

Les appelants et leurs experts font valoir que des moyens moins attentatoires pourraient permettre à l’État de réaliser ses objectifs : confier au tribunal qui détermine la peine le soin de décider de l’habilité ou de l’inhabilité à voter; comme l’a recommandé la Commission Lortie, ne priver du

a maximum of life) and the most serious sentences (those punishable by 10 years in jail or more) could lose the vote; an offence-oriented approach could define specific types of crimes which could be seen as bearing a rational connection to the franchise; or the measure could allow for the vote to be restored if the offender demonstrated good behaviour while incarcerated. To these I add that it is obvious that any higher cutoff line, i.e. 5, 10, or 25 years of incarceration, would also, technically, be less intrusive.

163

I am of the view that no less intrusive measure would be equally effective. Since Parliament has drawn a line which identifies which incarcerated offenders have committed serious enough crimes to warrant being deprived of the vote, any alternative line will not be of equal effectiveness. Equal effectiveness is a dimension of the analysis that should not be underemphasized, as it relates directly to Parliament's ability to pursue its legitimate objectives effectively. Any other line insisted upon amounts to second-guessing Parliament as to what amounts to "serious" crime.

164

The trial judge below stressed that the legislative process did undertake a rigorous evaluation of the line chosen regarding "serious" crime. He noted that the legislative history of s. 51(e) of the Act involved a report from the Lortie Commission. Notably, the Lortie Commission, despite the conclusion of a Research Study commissioned under it which recommended that all prisoners get the right to vote, concluded that prisoners who had been convicted of an offence punishable by a maximum of life imprisonment and who had been sentenced to a prison term of 10 years or more should be disqualified from voting for the duration of their incarceration. A Special Committee on Electoral Reform, which reviewed the Lortie Commission's Report, recommended, however, that a two-year cutoff was appropriate since this would catch "serious offenders". Wetston J. stated, at p. 877:

droit de vote que les auteurs des infractions les plus graves (punissables de l'emprisonnement à vie) et les personnes condamnées aux peines les plus lourdes (10 ans d'emprisonnement ou plus); privilégier une démarche axée sur la nature de l'infraction et déterminer quels types de crimes ont un lien rationnel avec le droit de vote; prévoir le rétablissement du droit de vote lorsque le détenu fait preuve de bonne conduite pendant son incarcération. Je me permets d'ajouter que, techniquement, une limite supérieure (par ex. 5, 10 ou 25 ans d'emprisonnement) serait aussi formellement moins attentatoire.

J'estime qu'aucune mesure moins attentatoire ne serait tout aussi efficace. Comme le législateur a fixé une limite qui permet de déterminer quels contrevenants incarcérés ont commis des actes criminels suffisamment graves pour justifier la perte du droit de vote, aucune autre ligne de démarcation ne pourrait avoir la même efficacité. L'égalité sur le plan de l'efficacité est une dimension de l'analyse qui ne doit pas être sous-estimée, en ce qu'elle se rattache directement au pouvoir du législateur de poursuivre efficacement ses objectifs légitimes. Toute autre ligne de démarcation préconisée équivaut à évaluer après coup le choix du législateur quant à savoir ce qu'est un acte criminel « grave ».

Le juge de première instance a souligné que le législateur avait procédé à une évaluation rigoureuse de la ligne de démarcation retenue pour ce qui est de l'acte criminel « grave ». Il a fait observer que le contexte de l'adoption de l'al. 51e) de la Loi englobait le rapport de la Commission Lortie. Plus particulièrement, même si une étude commandée par elle avait préconisé le maintien du droit de vote pour tous les détenus, la Commission Lortie a décidé que les détenus déclarés coupables d'une infraction punissable de l'emprisonnement à vie ou condamnés à une peine d'emprisonnement de 10 ans ou plus devaient être privés du droit de vote pour la durée de leur incarcération. Le Comité spécial sur la réforme électorale, qui a examiné le rapport Lortie, a toutefois recommandé une limite de deux ans, car elle engloberait « les individus ayant commis de graves infractions ». Voici ce que dit le juge Wetston (à la p. 877) :

The Special Committee spent a great deal of time trying to determine whether a two-year limit for the disqualification was appropriate, or whether a cutoff of five years, or seven years, or ten years (as recommended by the Lortie Commission) was more justifiable. Eventually, the Special Committee recommended a two-year cutoff since, in their view, serious offenders may be considered to be those individuals who have been sentenced to a term of two years or more in a correctional institution. Generally, that means a federal penitentiary, but not exclusively.

The debates in the House of Commons regarding the provision in question demonstrate that there was a view that disenfranchisement would have an “educative effect”: see Wetston J. at pp. 877-78 of his reasons and *House of Commons Debates*, vol. XIV, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, at pp. 18015-21. Further, the debates emphasize the view that the prisoners actually disenfranchised themselves by their engaging in criminal conduct. Most generally, and most importantly, Linden J.A. aptly noted, at para. 96:

... that Parliament, both in general session and in Committee, debated this measure vigorously. The Parliamentary Committee reviewing the matter carefully considered the submissions of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the Lortie Commission), recommending disenfranchisement to all those prisoners serving sentences of 10 years or more. While in session, Parliament debated and ultimately rejected a motion to repeal the disenfranchisement, and an alternative motion to trigger the disenfranchisement only after a sentence of five years or more is handed down.

Linden J.A. noted that Parliament did not consider a finite list of offences which would result in the loss of the vote, but he noted that the cutoff selected achieved the same objective by a different method: serious offences were specifically targeted.

The Crown and its experts submitted that the impugned provision is minimally impairing for three reasons: only prisoners serving sentences for two years or more are disenfranchised, and thus the provision only targets what Parliament has identified as those who have perpetrated “serious”

Le Comité spécial s’est longuement attardé à la question de savoir si la limite de deux ans à l’égard de l’inhabilité à voter était justifiée, ou si une période de cinq ans, sept ans ou même dix ans (selon la recommandation de la Commission Lortie) convenait davantage. Finalement, le Comité spécial a recommandé une période d’exclusion de deux ans étant donné que, à son avis, les individus ayant commis de graves infractions sont probablement des personnes qui ont été condamnées à purger une peine d’au moins deux ans dans un établissement correctionnel. De façon générale, il s’agira d’un pénitencier fédéral, mais ce n’est pas toujours le cas.

L’idée que l’inhabilité à voter pourrait avoir un « effet éducatif » a été avancée pendant les débats de la Chambre des communes au sujet de la disposition en cause : voir les motifs du juge Wetston, p. 877-878, et les *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 3^e sess., 34^e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021. Par ailleurs, les débats mettent en évidence l’idée que les détenus se rendent eux-mêmes inhabiles à voter en se livrant à des activités criminelles. Mais surtout, de manière plus générale, et le juge Linden de la Cour d’appel fédérale l’a signalé à juste titre (au par. 96) :

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

Le juge Linden a fait remarquer que le législateur n’avait pas envisagé l’établissement d’une liste d’infractions précises dont la perpétration entraînerait la perte du droit de vote, mais que la limite fixée arrivait au même résultat — l’inhabilité des auteurs d’infractions graves —, mais par un autre moyen.

Le ministère public et ses experts prétendent que la disposition contestée porte atteinte de façon minimale et ce, pour trois raisons : seuls les prisonniers purgeant une peine de deux ans ou plus sont privés du droit de vote, de sorte que la disposition vise uniquement les personnes ayant perpétré des actes

165

166

offences; the disenfranchisement is temporary, in the sense that the vote returns to the offenders once they leave jail; and the return of the vote once the offender leaves jail is automatic.

167

The trial judge, appropriately, was concerned that Parliament be granted some latitude to select alternative policy options. In his final analysis, however, Wetston J. rejected all but one of the appellants' suggested "less intrusive" options. What he believed would be a less intrusive measure is the selective disenfranchisement of each individual offender as a matter of the sentencing judge's discretion. He preferred this approach since it would not be automatic; it would take into account the particular circumstances of each offender. He noted that this option was not heavily considered by Parliament. Further, he noted that legislative criteria could assist the sentencing judge in his or her determinations. The trial judge was also of the view that there would be a greater degree of public attention if the issue of disqualification were to be decided by the sentencing judge, and thus the morally educative dimension of the disenfranchisement would be enhanced. The trial judge thus found that in light of this available option the provision was not minimally impairing. Desjardins J.A., in dissent at the Federal Court of Appeal, was effectively of the same view.

168

I am not convinced by the trial judge's preference for this approach. First, it seems to designate the actual purpose of the voting ban to be more clearly the enhancement of the punitive sanction than the promotion of civic responsibility. I am of the view that if the offender has committed a crime which falls within the category identified by Parliament as bringing with it disenfranchisement, the sentencing judge's discretion has little place in determining whether civic responsibility will be better or worse promoted by the disenfranchisement of the particular offender. It is therefore clearly not of equal effectiveness. Second, I cannot imagine what factors a sentencing judge would appropriately weigh to decide this issue. The "personal circumstances" which a sentencing judge might employ to reduce a sentence have, in my view, no place in determining whether a particular offender be permitted to vote.

criminels jugés « graves » par le législateur; l'inhabilité est temporaire, le détenu redevenant habile à voter à sa sortie de prison; le droit de vote est rétabli automatiquement à la sortie de prison.

Le juge de première instance a à juste titre estimé que le législateur devait disposer d'une certaine marge de manœuvre dans le choix des solutions de rechange. Toutefois, le juge Wetston a finalement rejeté toutes les options « moins attentatoires » proposées par les appelants, sauf une. Selon lui, il aurait été moins attentatoire de laisser au tribunal qui détermine la peine le soin de décider dans chaque cas s'il y a lieu de suspendre le droit de vote. Cette solution lui paraissait plus acceptable parce que l'inhabilité ne serait pas automatique et la situation personnelle de chaque contrevenant serait prise en considération. Il a fait remarquer que le Parlement n'avait pas bien soupesé cette possibilité. Il a ajouté que des critères pourraient être prévus dans la loi pour aider le tribunal à rendre sa décision. En outre, si elle était décidée par le tribunal fixant la peine, la privation du droit de vote retiendrait davantage l'attention du public et sa fonction d'éducation morale serait accrue. L'existence de cette autre avenue l'a donc amené à conclure que la disposition ne constituait pas une atteinte minimale. Dissidente, madame le juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale s'est rangée à son avis.

La préférence exprimée par le juge de première instance ne me convainc pas. Premièrement, selon la démarche qu'il privilégie, le véritable objectif de la privation du droit de vote paraît être l'accroissement de la sanction pénale et non la promotion de la responsabilité civique. J'estime que, lorsqu'une personne a commis un acte criminel faisant partie de ceux qui, selon le législateur, justifient la privation du droit de vote, le tribunal appelé à déterminer la peine peut difficilement exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider si, dans un cas en particulier, la privation du droit de vote favorisera ou non la responsabilité civique. Ce moyen n'est donc pas aussi efficace. Deuxièmement, je ne vois pas quels facteurs le tribunal pourrait légitimement prendre en considération pour trancher la question. La « situation personnelle » dont il peut tenir compte pour réduire la peine n'a à mon sens rien à voir

The disenfranchisement comes solely from having committed a crime serious enough to bring with it a term of incarceration of two years or more.

The trial judge also noted that legislative guidelines could be provided to assist the sentencing judge. I fail to see how such guidelines would be any more effective than the line currently drawn since the current line is Parliament's choice of a guideline: it clearly identifies a line which Parliament believes represents what amounts to "serious crime". The suggestion that a sentencing judge be able to exercise a discretion, in my view, trivialises the gravity of all offences which Parliament has said, by virtue of the cutoff line selected in relation to the *Criminal Code*, are serious.

It could be said that there are many other less intrusive methods to promote civic responsibility or the rule of law, methods which do not involve prisoners at all. For example, it could be said that a program of compulsory voting for all citizens, as is in effect in Australia or Belgium, might be such an alternative. With regard to such suggestions, I note the following passage from Dickson C.J. in *Keegstra, supra*, at pp. 784-85:

. . . s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a Charter right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim. [Emphasis added.]

The approach taken by Linden J.A. for the majority of the Federal Court of Appeal below is sound. He held that the current provision was minimally impairing for a number of reasons: only

avec l'opportunité de maintenir le droit de vote d'un détenu en particulier. L'incapacité résulte uniquement de la perpétration d'un acte criminel suffisamment grave pour entraîner une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus.

Le juge de première instance a par ailleurs fait observer que le législateur pourrait établir des lignes directrices à l'intention du tribunal appelé à déterminer la peine. Je ne vois pas en quoi de telles lignes directrices seraient plus efficaces que la limite actuelle, puisque celle-ci correspond au choix d'une ligne directrice par le législateur : ce dernier établit clairement ce qui, pour lui, constitue un « acte criminel grave ». Selon moi, vouloir s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du tribunal qui détermine la peine banalise les infractions que le législateur juge graves suivant la limite qu'il a fixée en liaison avec le *Code criminel*.

Certains pourraient affirmer qu'il existe de nombreux autres moyens moins attentatoires de favoriser la responsabilité civique ou le respect de la règle de droit, des moyens qui n'ont rien à voir avec les détenus. L'un de ces autres moyens pourrait être, par exemple, l'exercice obligatoire du droit de vote par tous les citoyens, comme en Australie ou en Belgique. À cet égard, il me paraît opportun de citer l'extrait suivant des motifs du juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 784-785 :

. . . l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Charte. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier. [Je souligne.]

Au nom de la majorité de la Cour d'appel fédérale, le juge Linden a correctement analysé la question. Il a conclu que la disposition actuelle portait atteinte de façon minimale pour plusieurs raisons :

169

170

171

“serious offenders”, as determined by Parliament, are subject to disenfranchisement; accused persons and those convicted but out on bail are permitted to vote; those out on parole are permitted to vote; and the provision acts proportionately since it is individualized insofar as those with longer sentences will be disenfranchised longer. The provision is reasonably tailored insofar as disenfranchisement reflects the length of the sentence and actual incarceration, which, in turn, reflects the seriousness of the crime perpetrated and the intended progress towards the ultimate goals of rehabilitation and reintegration.

172 Linden J.A. also, correctly in my view, drew a parallel to the approach to minimal impairment adopted by this Court in *Harvey, supra*. He noted at para. 123:

Here too Parliament has sought to further electoral goals with a period during which the person convicted of the most serious crimes will be prohibited from participating in the law-making process. I can see no reason why this Court should declare invalid the balancing engaged in by Parliament in this case.

173 I agree with the Crown that the impugned provision is not arbitrary: it is related directly to particular categories of conduct. I also note that the two-year cutoff line also reflects practical considerations: it reflects a distinguishing between offenders incarcerated in federal rather than provincial institutions (s. 743.1 of the *Criminal Code*); persons sentenced to a term of imprisonment of two years or more are not eligible to serve their sentence in open custody (s. 742.1 of the *Criminal Code*); and persons subject to a sentence of imprisonment of two years or more are subject to having a court delay parole until one half of the sentence is served (s. 743.6 of the *Criminal Code*).

174 In my view, it is particularly inappropriate, in the case at bar, to find the justification of the limitation of the right to be unconvincing at this phase of the *Oakes* test. First, as was noted above, there is a need for deference to Parliament in its drawing of a line, especially since this Court gave the impression that

seuls les « auteurs d’actes criminels graves », définis par le législateur, sont inhabiles à voter; les accusés et les personnes déclarées coupables, mais bénéficiant d’une liberté sous caution, ont le droit de vote; les détenus bénéficiant d’une libération conditionnelle peuvent voter et la disposition a un effet proportionné et adapté à chacun dans la mesure où plus la peine est longue, plus l’inhabilité dure longtemps. La disposition est raisonnablement bien adaptée en ce que l’inhabilité reflète la durée de la peine et de l’incarcération réelle, qui elle reflète la gravité du crime commis et la progression prévisible vers la réalisation des objectifs ultimes que sont la réadaptation et la réinsertion sociale.

Par ailleurs, le juge Linden établit à juste titre un parallèle avec l’analyse à laquelle la Cour s’est livrée dans *Harvey*, précité, relativement à l’atteinte minimale. Voici ce qu’il dit au par. 123 :

Ici aussi, le Parlement a voulu poursuivre des objectifs électoraux en fixant une période au cours de laquelle il est interdit à une personne déclarée coupable d’une infraction parmi les plus graves de participer au processus législatif. Je ne vois pas pourquoi la Cour devrait déclarer invalide le choix fait par le législateur en l’espèce dans la recherche d’un équilibre.

Je conviens avec le ministère public que la disposition contestée n’est pas arbitraire : elle se rattache directement à des catégories de comportement en particulier. La limite de deux ans s’appuie en outre sur des considérations d’ordre pratique : elle tient compte de la distinction entre les contrevenants détenus dans des pénitenciers fédéraux et ceux détenus dans des établissements provinciaux (art. 743.1 du *Code criminel*), ainsi que du fait que les personnes condamnées à deux ans d’emprisonnement ou plus ne peuvent purger leur peine au sein de la collectivité (art. 742.1 du *Code criminel*) et, si le tribunal l’ordonne, ne sont admissibles à la libération conditionnelle qu’après avoir purgé la moitié de leur peine (art. 743.6 du *Code criminel*).

J’estime qu’il est particulièrement inopportun, à cette étape de l’application du critère de l’arrêt *Oakes*, de tenir pour non convaincante la justification avancée en l’espèce relativement à la restriction du droit en cause. Premièrement, comme je le dis précédemment, il est nécessaire de respecter la

it was up to Parliament to do exactly that after the first *Sauvé* case was heard in 1993. Second, also as developed above, the analysis of social and political philosophies and the accommodation of values in the context of the *Charter* must be sensitive to the fact that there may be many possible reasonable and rational balances. Developing this point, it is important to note that, given the theoretical nature of the arguments raised by both parties in the case at bar, they do not gain proportionally in strength as the bar is moved higher. Symbolic and theoretical justifications such as employed in this case do not get stronger as the line changes. The fundamental premises underlying the line chosen would be the same if the cutoff was 10 years, or even 25 years. See, for example, *Driskell, supra*, in which similar analytical problems to those in the case at bar arose and resulted in a line of five years being held unconstitutional. Line drawing, amongst a range of acceptable alternatives, is for Parliament. This view is compounded by the point developed above that it is plain that any alternate line would not be equally effective, in that the line drawn reflects Parliament's identification of what amounts to serious criminal activity. The Federal Court of Appeal was correct to find the provision in question minimally impairing.

(c) *Proportionality of Effects*

The final prong of the *Oakes* test demands that the effects of the limiting measure (the impugned provision) must not so severely trench on *Charter* rights that the legislative objective, albeit important, is outweighed by the infringement of the rights. The basic test for determining proportionality is that the objectives must be balanced with the actual effects of the impugned provision: *Oakes, supra*; *Edwards Books, supra*; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. This basic test, however, was restated and modified by Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Therein, it was held that in cases where a measure fully, or nearly fully, meets its legislative objective

limite fixée par le législateur, d'autant plus que la Cour a laissé entendre qu'il lui appartenait précisément d'en établir une à l'issue de l'audition de la première affaire *Sauvé* en 1993. Deuxièmement, et je l'ai déjà expliqué également, l'analyse de philosophies sociales ou politiques et la conciliation de valeurs dans le contexte de l'application de la *Charte* doivent tenir compte du fait que de nombreux dosages raisonnables et rationnels sont possibles. Il importe de signaler à cet égard que, en raison de leur nature théorique, les arguments avancés par les deux parties en l'espèce ne seraient pas plus convaincants si une limite supérieure était fixée. Les justifications symboliques et théoriques, comme celles invoquées en l'espèce, ne gagnent pas en vigueur du fait que la limite est modifiée. Les prémisses fondamentales qui la sous-tendent seraient les mêmes si elle correspondait à 10 ans ou même 25 ans. Voir par exemple *Driskell*, précité, où le tribunal était aux prises avec des difficultés analytiques semblables et où une limite de cinq ans a été finalement jugée inconstitutionnelle. C'est au législateur de choisir une limite parmi différentes alternatives acceptables. En outre, comme nous l'avons déjà expliqué, toute autre limite ne serait pas aussi efficace, étant donné que celle fixée par le législateur correspond à ce qui, selon lui, constitue une activité criminelle grave. La Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure que la disposition contestée constitue une atteinte minimale.

c) *La proportionnalité des effets*

Selon le dernier volet du critère de l'arrêt *Oakes*, les effets de la mesure restrictive (la disposition contestée) ne doivent pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* au point que la violation des droits l'emporte sur l'objectif législatif, même s'il est important. Le critère fondamental permettant de déterminer s'il y a proportionnalité est le suivant : il doit y avoir un équilibre entre les objectifs et les effets réels de la disposition en cause : *Oakes*, précité; *Edwards Books*, précité; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Ce critère fondamental a cependant été reformulé et modifié par le juge en chef Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*,

or objectives, then the conventional *Oakes* analysis stands: weigh the objectives with the actual effects of the impugned provision. Where a measure only partially achieves its legislative objective or objectives, the proportionality requirement is dual: not only must there be proportionality between the deleterious effects of the measure which are responsible for the limiting of the right in question and the objective, but there must also be proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

176 What of this case? The Crown alleges that the objectives have been fully met, and thus the pre-*Dagenais* approach should apply. As submitted by the Crown at para. 64 of their factum, “[t]he enactment of the legislation creates the norm and fulfills the moral aim of the legislation. As in *Harvey* . . . there is no need to balance the salutary and deleterious effects of this legislation”.

177 In *Harvey*, *supra*, at para. 48, La Forest J. stated that “[t]he final step in the *Oakes* analysis is to determine if the effects of s. 119(c), the removal of the appellant as the member for Carleton North and his five-year disqualification from running as a candidate, are proportional to the section’s objective of ensuring the integrity of the electoral process.” Thus, La Forest J. did not go on to balance salutary and deleterious effects *per se*; the emphasis was only on weighing the proportionality of the deleterious effects to the objectives of the provision. While Linden J.A. did not definitively prefer the *Harvey* approach in this case, he noted at para. 133 that it “highlights that the context of the particular case is paramount in the *Oakes* analysis”. Further, he noted at para. 134 that “it is hard to speak of salutary effects in the context of the penal sanction, especially in an age where there is little evidence proving that the penal sanction is effective in reducing or deterring crime, or in reducing recidivism”. I agree and am of the view that regardless of which test is engaged, given the nature of the evidence and the fact that the objectives have clear symbolic effect,

[1994] 3 R.C.S. 835. La Cour a alors statué que, lorsque la mesure permet d’atteindre pleinement ou presque l’objectif législatif, l’analyse traditionnelle fondée sur l’arrêt *Oakes* s’applique : on compare les objectifs de la disposition en cause avec ses effets réels. Lorsque la mesure ne permet d’atteindre que partiellement l’objectif législatif, l’exigence de la proportionnalité est double : il doit y avoir proportionnalité non seulement entre l’objectif de la mesure et ses effets préjudiciables sur le droit en cause, mais également entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure.

Qu’en est-il en l’espèce? Le ministère public au par. 64 de leur mémoire allègue que les objectifs ont été pleinement atteints, de sorte que l’analyse antérieure à l’arrêt *Dagenais* devrait s’appliquer. Pour reprendre les termes qu’il a employés dans son mémoire, [TRADUCTION] « [l]’adoption de la loi crée la norme et atteint le but moral de la loi. Tout comme dans *Harvey* [. . .], il n’est pas nécessaire de mettre en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la loi ».

Dans *Harvey*, précité, par. 48, le juge La Forest dit que « [l]a dernière étape de l’analyse proposée dans *Oakes* consiste à déterminer si les effets de l’al. 119c), à savoir la destitution de l’appelant de sa charge de député de Carleton-Nord et la période d’inéligibilité de cinq ans, sont proportionnels à l’objectif de cette disposition, qui est de garantir l’intégrité du processus électoral ». Le juge La Forest n’a donc pas mis en balance les effets bénéfiques et les effets préjudiciables comme tels; il n’a mis l’accent que sur la proportionnalité des effets préjudiciables et des objectifs de la disposition. En l’espèce, même s’il n’a pas opté définitivement pour la démarche préconisée dans *Harvey*, le juge Linden, de la Cour d’appel fédérale, a fait observer que cette démarche « met encore davantage en lumière l’importance primordiale du contexte dans l’analyse décrite dans *Oakes* » (par. 133) . Il a ajouté qu’« il est difficile de parler d’effets bénéfiques dans le contexte d’une sanction pénale, plus particulièrement à une époque où il existe peu de preuves établissant que la sanction pénale est efficace pour réduire la criminalité, dissuader les criminels ou empêcher les récidives »

that the proportionality analysis is nonetheless satisfied.

It is my view that the arguments in this dimension of the analysis are basically either persuasive or not. If the objectives are taken to reflect a moral choice by Parliament which has great symbolic importance and effect and which are based on a reasonable social or political philosophy, then their resulting weight is great indeed. Over all, while the temporary disenfranchisement is clear, the salutary effects and objectives are, in my view, of greater countervailing weight. Generally, I agree with the analysis of Linden J.A. at the Federal Court of Appeal below to this effect.

The trial judge considered this dimension of the *Oakes* test despite having found that the impugned provision was not minimally impairing. He discussed the current situation across Canadian provinces with regard to prisoner enfranchisement for the purpose of provincial elections. He noted that four provinces (I note that it is now five) permit all prisoners to vote in provincial elections, others place some limits, while yet others provide for complete disenfranchisement. He then found that the Crown did not provide any evidence of harm flowing from instances where prisoners had exercised the right to vote, such as provincial elections or referenda. He also noted that the Crown did not provide any evidence of harm flowing from prisoner voting in other countries. I do not find this reasoning persuasive: the harm which flows from serious offenders voting is obviously not empirically demonstrable. As long as one holds democracy to be an abstract good, to find that empirically measurable harm flows from the result of any fair democratic process is an impossible argument to make.

The salutary effects in the case at bar are particularly difficult to demonstrate by empirical evidence given their largely symbolic nature. On this point, I

(par. 134). Je partage son point de vue et j'estime que, peu importe le critère appliqué, étant donné la nature de la preuve et l'effet clairement symbolique des objectifs, il y a bel et bien proportionnalité.

En fait, les arguments examinés à cette étape de l'analyse sont soit convaincants, soit non convaincants. Si l'on considère que les objectifs reflètent un choix moral du législateur d'une grande importance et d'une grande incidence symboliques et qu'ils se fondent sur une philosophie sociale ou politique raisonnable, leur poids est en effet très grand. Mais surtout, même si l'inhabilité temporaire à voter ne fait pas de doute, les effets bénéfiques et les objectifs la justifient amplement. Dans l'ensemble, je me range donc à l'avis du juge Linden, de la Cour d'appel fédérale.

Le juge de première instance a abordé ce volet du critère de l'arrêt *Oakes* même s'il a conclu que la disposition contestée ne constituait pas une atteinte minimale. Il a examiné le droit des détenus de voter aux élections provinciales dans les différentes provinces canadiennes. Quatre provinces (je précise qu'elles sont désormais au nombre de cinq) autorisent tous les prisonniers à voter aux élections provinciales, d'autres établissent certaines restrictions et certaines excluent carrément les détenus de l'électorat. Il a ensuite conclu que le ministère public n'avait offert aucune preuve du préjudice découlant de la participation des détenus à certaines élections provinciales ou à certains référendums. Il a par ailleurs signalé que le ministère public n'avait présenté aucun élément de preuve quant au préjudice découlant de l'exercice du droit de vote par les détenus dans d'autres pays. Ce raisonnement ne me paraît pas convaincant : on ne saurait manifestement pas établir de manière empirique le préjudice imputable à l'exercice du droit de vote par des personnes reconnues coupables d'actes criminels graves. Tant que l'on tient la démocratie pour un bien abstrait, on ne peut soutenir qu'un préjudice empiriquement mesurable découle du résultat d'un processus démocratique régulier.

En l'espèce, il est particulièrement difficile de prouver de manière empirique les effets bénéfiques étant donné leur nature essentiellement symbolique.

178

179

180

note that it would be difficult for the Crown to justify all penal sanctions, if scientific proof was the standard which was required. I discussed this above, and would like to reiterate that many core values of the Canadian community might suffer if put to such a test. In such cases, the weighty merit of the objectives themselves must be considered with the social, legislative and factual context in mind. In this case, a central dimension of the context is Parliament's choice of a particular social or political philosophy on which the justification for the limitation of the right is based. As Bastarache J. noted in *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 125, this third phase of the proportionality prong of the *Oakes* test is unique in that it

provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*.

181 Linden J.A. found that the primary salutary effect was that the legislation, intrinsically, expresses societal values in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. He thus concluded, at para. 137, that it has more than symbolic effect:

This legislation sends a message signalling Canadian values, to the effect that those people who are found guilty of the most serious crimes will, while separated from society, lose access to one of the levers of electoral power. This is an extremely important message, one which is not sent by incarceration alone. Incarceration is essentially separation from the community. Incarceration alone signals a denunciation of the offender's anti-societal behaviour and indicates society's hope for rehabilitation through separation from the community. Incarceration by itself, however, leaves those convicted of serious crimes free to exercise all the levers of electoral power open to all law-abiding citizens. This maintains a political parity between those convicted of society's worst crimes and their victims. Disqualification from voting, however, signals a denunciation of the criminal's anti-societal behaviour and sends the message that those people convicted of causing the worst forms of indignity to others will be deprived of one aspect of the political equality of citizens — the right to vote. It can be said that, in this context, "kindness toward the criminal can be an act of

Je signale à cet égard que le ministère public aurait du mal à justifier n'importe quelle sanction pénale s'il devait satisfaire à la norme de la preuve scientifique. Je le répète, l'application d'un tel critère pourrait être préjudiciable à de nombreuses valeurs fondamentales de la société canadienne. En pareils cas, le bien-fondé des objectifs eux-mêmes doit être soupesé compte tenu du contexte social, législatif et factuel. En l'espèce, l'adhésion du législateur à une philosophie sociale ou politique donnée sur laquelle se fonde la justification avancée à l'appui de la restriction du droit en cause est au cœur du contexte à considérer. Comme le dit le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 125, ce troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* portant sur la proportionnalité est unique en ce qu'il

donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

Selon le juge Linden, le principal effet bénéfique est que la loi, intrinsèquement, exprime des valeurs sociales à l'égard du comportement criminel grave et du droit de vote dans la société. Il conclut au par. 137 de ses motifs que la loi n'a pas qu'un effet symbolique :

La loi véhicule un message mettant en relief les valeurs canadiennes, selon lequel les personnes reconnues coupables des infractions les plus graves perdront, pendant leur isolement de la société, leur accès à l'un des leviers du pouvoir électoral. Ce message est extrêmement important et il n'est pas transmis par la seule incarcération. L'incarcération consiste essentiellement à isoler une personne de la collectivité. L'incarcération seule exprime la réprobation du comportement antisocial du contrevenant et révèle l'espoir de la société de parvenir à sa réadaptation en l'isolant de la collectivité. L'incarcération en soi n'entrave toutefois pas la possibilité pour les personnes coupables des infractions les plus graves d'utiliser tous les leviers du pouvoir électoral auxquels tout citoyen respectueux de la loi a accès. L'égalité politique entre les auteurs des crimes les plus graves et leurs victimes est donc préservée. L'inhabilité à voter exprime toutefois la réprobation du comportement antisocial du contrevenant et fait savoir que les personnes reconnues coupables d'avoir fait subir les pires affronts à autrui seront privées de l'un des aspects de l'égalité politique des citoyens —

cruelty toward his victims, and the larger community”. [Footnotes omitted; emphasis in original.]

Linden J.A. suggested that value emerges from the signal or message that those who commit serious crimes will temporarily lose one aspect of the political equality of citizens. Therefore, “the enactment of the measure is itself a salutary effect” (para. 138). I agree. As can be drawn out from the overview of the arguments which were placed before this Court, one is forced to either accept the objectives, and consequently grant them weight at this stage of the analysis, or discount them. I am of the view that the salutary effects and objectives must be granted the respect of this Court.

The signalling function of s. 51(e) is highly important. Linden J.A., below, noted at paras. 139 and 141 of his reasons, that:

The signal itself is a double signal, a message about the community’s view of crime and a repudiation of the indignity perpetrated on victims of crime. Where someone, by committing a serious crime, evinces contempt for our basic societal values, their right to vote may be properly suspended. Indeed, not to do so undermines our democratic values.

. . .

In context, this legislation puts forward a statement of principles by which Canadians live. That is a valid role which Parliament may play. The formal enactment of these principles itself is as important as any tangible effects that the law may have. [Footnotes omitted.]

This view is supported by the Crown’s experts, Professors Pangle and Manfredi. Professor Pangle emphasized that the provision in question reflects a signal to society and to offenders that the commission of serious criminal acts will result in the loss of a dimension of political participation. Professor Manfredi developed the argument, employed above, that there is something important about the nexus between the exercise of the vote by citizens and the responsibilities and duties inherent in citizenship. Also as reflected upon above, the provision reflects society’s desire to promote the rule of law and civic responsibility, which are inherent in and required

le droit de vote. On peut dire que, dans ce contexte, [TRADUCTION] « la bonté envers le criminel peut constituer de la cruauté envers ses victimes et l’ensemble de la collectivité ». [Notes omises; souligné dans l’original.]

Le juge Linden laisse entendre qu’une valeur se dégage du message : ceux qui commettent des actes criminels graves seront temporairement privés d’une facette de l’égalité politique des citoyens. Il conclut donc que « l’adoption de cette mesure est bénéfique en soi » (par. 138). J’en conviens. Au vu des arguments qui ont été présentés à la Cour, il faut soit accepter les objectifs et, par conséquent, leur accorder de l’importance à cette étape de l’analyse, soit les rejeter. Selon moi, la Cour doit reconnaître l’importance des effets bénéfiques et des objectifs de la disposition contestée.

Comme le juge Linden l’écrit aux par. 139 et 141 de ses motifs, le message que transmet l’al. 51e) est très important :

[Ce signal] est double : il exprime l’opinion que la collectivité a du crime et désavoue l’affront fait aux victimes du crime. Lorsqu’une personne démontre son mépris pour les valeurs de notre société, en perpétrant une infraction grave, son droit de vote peut à bon droit être suspendu. En fait, le défaut d’agir ainsi minerait nos valeurs démocratiques.

. . .

En contexte, la loi formule un énoncé des principes qui régissent la vie des Canadiens. C’est un rôle que le Parlement peut jouer valablement. L’adoption officielle de ces principes revêt autant d’importance que les éventuels effets tangibles de la loi. [Notes omises.]

Les experts du ministère public, les professeurs Pangle et Manfredi, partagent ce point de vue. Le professeur Pangle insiste sur le fait que la disposition transmet à la société et aux contrevenants le message que la perpétration d’un acte criminel grave entraînera la perte d’une facette de la participation politique. Le professeur Manfredi a développé l’argument, exposé précédemment, que le lien entre l’exercice du droit de vote par les citoyens et les obligations inhérentes à la citoyenneté recèle quelque chose d’important. La disposition traduit également la volonté de la société de promouvoir la règle de droit et la responsabilité civique, qui

by the rule of law and the notion of the social contract. This provision draws a line which sends a strong and beneficial moral message to society as a whole, the message that crime will not be tolerated. As was said in *Sharpe, supra*, by L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. and myself, at para. 191: "The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values".

183

Another salutary effect of the impugned provision is that it has an effect that is noticed by the disenfranchised offenders themselves. Linden J.A. agreed and substantiated this view by quoting testimony from the appellant Aaron Spence to the effect that Mr. Spence was troubled by the fact that he was denied the vote, at para. 143:

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

A. It does, it does bother me.

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

A. Definitely.

Q. Like the right to vote?

A. That is true.

I am of the view that this evidences the salutary effect that the temporary disenfranchisement is perceived as meaningful by the offenders themselves. I am also of the view that based on this, there is reason to believe that the disenfranchisement could have an ongoing positive rehabilitative effect. Since the vote is meaningful to these offenders, then perhaps its temporary loss will be a factor which these offenders will carry with them as they pursue reintegration into the community on their release. The reasons of the Chief Justice deny this and suggest that the denial of the vote to prisoners makes reintegration and rehabilitation more difficult. As just stated, I disagree. I note as well, however, that it is possible to argue that incarceration itself may make rehabilitation and reintegration more difficult, but it is still,

sont inhérentes à la primauté du droit et au contrat social. Elle établit une limite qui envoie à la société dans son ensemble un message de nature morale, à la fois ferme et bénéfique, à savoir que le crime ne sera pas toléré. Comme les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache et moi-même l'avons dit dans *Sharpe*, précité, par. 191, « [n]otre Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales ».

La disposition en cause est par ailleurs bénéfique en ce sens que son effet n'échappe pas aux principaux intéressés. Le juge Linden en convient et cite à l'appui le témoignage de l'appellant Aaron Spence, qui se disait troublé par la perte du droit de vote (au par. 143) :

[TRADUCTION]

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

R. Oui. Oui, ça me dérange.

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

R. Certainement.

Q. Comme le droit de vote?

R. C'est vrai.

Il semble donc que les contrevenants eux-mêmes jugent significative l'incapacité temporaire à voter, ce qui atteste, à mon avis, l'effet bénéfique de la disposition. De ce fait, j'estime aussi qu'il y a lieu de croire que la privation du droit de vote pourrait avoir un effet positif permanent sur le plan de la réadaptation. Comme le droit de vote est important pour le détenu, il se peut que sa perte temporaire demeure présente à son esprit lorsqu'il s'engagera dans la voie de la réinsertion sociale après sa mise en liberté. Le Juge en chef exprime l'avis contraire et soutient que le retrait du droit de vote rend la réinsertion sociale et la réadaptation plus difficiles. Je ne suis évidemment pas d'accord. Je remarque aussi, toutefois, que l'on peut soutenir que l'incarcération elle-même rend plus ardues la réinsertion sociale et

in some cases, an important dimension of punishment and indeed a step towards rehabilitation.

The most obvious deleterious effect of s. 51(e) is the potential temporary loss of the vote. This, however, must be considered in light of Parliament's objectives, as illuminated by the totality of the context. Based on statistical data, Linden J.A. concluded that the provision was effective insofar as it affected only the most serious offenders. Linden J.A. presented an overview of the number and percentage of inmates in federal penitentiaries serving time for particular offences in the form of a table reproduced at para. 145 of his reasons. Basically, it reflected the serious nature of the offences committed by those persons incarcerated for two years or more. As noted above, of the sample of 14,179 offenders incarcerated for two years or more, each was found to have, on average, 29.5 convictions. Linden J.A. thus properly concluded that the provision catches serious and repeat offenders. The statistics also indicate that 75 percent of prisoners incarcerated in federal penitentiaries are serving sentences of five years or less. Therefore, most prisoners will only be deprived of participation in one election: see Linden J.A., at para. 145; see also Linden J.A., at para. 122, where fixed periods of disenfranchisement are discussed and a helpful parallel is drawn to this Court's approach in *Harvey, supra*. Lastly, because the duration of the disenfranchisement is directly related to the duration of incarceration, it may in fact be the case that a serious criminal offender who is technically disenfranchised during the period of his or her incarceration may never actually be denied the opportunity to vote, as there may be no election during the time he or she is incarcerated.

The reasons of the Chief Justice suggest that to be temporarily disenfranchised while incarcerated is to be severed from the body politic and silenced as an unworthy outsider. Above, I explained how temporary disenfranchisement does not undermine the "worth" or "dignity" of any offender but is instead focussed at criminal offences. I also have discussed how temporary disenfranchisement is to be seen as

la réadaptation, mais il s'agit encore, dans certains cas, d'un aspect important de la punition et, en fait, d'une étape vers la réadaptation.

L'effet le plus clairement préjudiciable de l'al. 51e) est la perte temporaire possible du droit de vote. Ce préjudice doit cependant être apprécié d'après les objectifs du législateur et le contexte dans son ensemble. S'appuyant sur des données statistiques, le juge Linden a conclu que la disposition était efficace du fait qu'elle ne visait que les contrevenants coupables des infractions les plus graves. Dans un tableau figurant au par. 145 de ses motifs, le juge Linden donne un aperçu du nombre et du pourcentage de détenus des pénitenciers fédéraux qui purgent des peines pour diverses infractions. Ce tableau fait essentiellement ressortir la gravité des infractions commises par ces personnes incarcérées pour deux ans ou plus. Comme je l'ai signalé, les 14 179 contrevenants condamnés à une peine de deux ans ou plus compris dans l'échantillon ont commis en moyenne 29,5 infractions chacun. Le juge Linden a donc conclu à bon droit que la disposition vise les auteurs d'infractions graves et les récidivistes. Les données statistiques révèlent également que 75 pour 100 des détenus sous responsabilité fédérale purgent une peine de cinq ans ou moins. Par conséquent, la plupart des détenus ne seront privés du droit de vote qu'à un seul scrutin : voir le juge Linden, par. 145; voir aussi le par. 122, où il examine la possibilité d'une période déterminée d'incapacité et établit un parallèle utile avec l'analyse de la Cour dans *Harvey, précité*. Enfin, parce que la durée de l'incapacité est directement liée à celle de l'incarcération, il est en fait possible qu'un détenu ayant perpétré un acte criminel grave et étant techniquement inhabile à voter durant son incarcération ne soit jamais privé du droit de vote dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'élections au cours de cette période.

Les motifs du Juge en chef donnent à penser qu'être inhabile à voter pendant l'incarcération équivaut à être exclu de la société et réduit au silence comme un vulgaire étranger. J'ai déjà expliqué en quoi l'incapacité temporaire à voter ne sape pas la « valeur » ou la « dignité » du contrevenant, mais découle plutôt de la perpétration d'un acte criminel. J'ai également dit que l'incapacité

a dimension of punishment that is tailored towards rehabilitation and reintegration: it is therefore ultimately focussed upon inclusion rather than exclusion. One other point which I would like to make briefly is to note that, while being temporarily disfranchised is clearly a significant measure, which is part of the reason why it carries such great symbolic weight, it does not amount to the complete extinguishment of all means of political expression or participation. There are many other avenues by which serious criminals who are incarcerated for two or more years may still exercise political expression: they can write to and lobby elected representatives, publish their ideas or policy proposals, or in other ways make their views known.

temporaire doit être considérée comme un élément de la punition conçu en fonction de la réadaptation et la réinsertion sociale : elle met donc l'accent en fin de compte sur l'inclusion, et non sur l'exclusion. Il est un autre motif que je voudrais exposer brièvement. Même si l'incapacité temporaire constitue clairement une mesure significative, ce qui explique en partie qu'elle ait une telle importance symbolique, elle n'emporte pas la suppression totale de tous les moyens d'expression ou de participation politiques. Les auteurs d'infractions graves purgeant des peines de deux ans ou plus peuvent emprunter de nombreuses autres avenues pour exercer leur liberté d'expression politique : ils peuvent écrire à leurs représentants élus et exercer des pressions sur eux, publier leurs idées et leurs propositions en matière de politique ou recourir à d'autres moyens pour faire connaître leurs opinions.

186

I return to the issue of deference to Parliament, and to the special context of this case, that the justification advanced by Parliament is rooted in a social or political philosophy that is not susceptible to proof in the traditional sense. Linden J.A. noted at the Federal Court of Appeal, at para. 114, that:

While the notion of ensuring a “decent” or “moral” electorate may have little place in today’s society, it is Parliament’s role to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Such considerations are by definition political and therefore warrant deference.

Deference is appropriate since the impugned provision raises questions of penal philosophy and policy. Linden J.A. stated, at para. 135 that “[t]he courts cannot prevent Parliament from proportionately compromising Charter rights in the name of denouncing crime, even if they disagree with Parliament’s penal philosophy”. On the issue of deference to choices regarding penal philosophy, I refer to this Court’s decision in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, where it upheld a mandatory sentence imposed under the British Columbia *Motor Vehicle Act*, on the basis that it was not an infringement of the guarantee against cruel or unusual punishment

Je reviens à la question de la retenue judiciaire à l'égard du législateur et au contexte particulier de la présente espèce, où la justification avancée par le législateur trouve sa source dans une philosophie sociale ou politique non susceptible d'être étayée par une preuve au sens où on l'entend habituellement. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale fait observer ce qui suit au par. 114 de ses motifs :

Même si la notion de constitution d'un électorat « honnête » et « responsable » n'occupe peut-être plus une bien grande place dans la société actuelle, il incombe au Parlement de préserver et de rehausser l'intégrité du processus électoral. De telles considérations sont, par définition, de nature politique et doivent bénéficier d'une certaine retenue.

Il convient de faire preuve de retenue parce que la disposition contestée soulève des questions de philosophie et de politique pénales. Le juge Linden ajoute ce qui suit au par. 135 : « Les tribunaux ne peuvent pas empêcher le Parlement de porter une atteinte proportionnée aux droits garantis par la Charte afin de réprimer le crime, même s'ils sont en désaccord avec sa philosophie pénale ». En ce qui concerne la question du respect des choix du législateur en matière de philosophie pénale, je renvoie à l'arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, où la Cour a confirmé une peine obligatoire infligée en application de la *Motor Vehicle Act* de la

found in s. 12 of the *Charter*. In *Goltz* at p. 502, speaking for a majority of the Court, I cited from *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), *per* Borins J., the following passage, approved of by Lamer J. in both *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 725, and *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1070:

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

In his reasons, Linden J.A. made the appropriate comment that the recent evolution of penal policy has been an issue attracting significant political attention. At para. 116 he stated:

This Court can appropriately note that since 1992 Canada has seen two federal elections in which views of crime and punishment were important. Since 1992, Canada's denunciation of crime and criminal behaviour has grown louder. The federal government has strengthened many aspects of the criminal law in an attempt to reflect the growing intolerance of crime in our communities. It is noteworthy that Parliament has also expended resources seeking alternatives to incarceration, and placing emphasis on victim's rights. While it is important to remember that the *Charter* exists to protect vulnerable people from oppressive public moods, it is also important to be sensitive to legitimate changes in Parliamentary attitudes toward what is and is not sound penal policy.

When the objectives and the salutary effects are viewed in the totality of the context, they outweigh the temporary disenfranchisement of the serious criminal offender which mirrors the fact of his or her

Colombie-Britannique, au motif qu'elle ne portait pas atteinte à la garantie contre les peines cruelles et inusitées que prévoit l'art. 12 de la *Charte*. Dans cet arrêt, au nom de la majorité de la Cour, je cite à la p. 502 l'extrait suivant de *R. c. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.), le juge Borins, que le juge Lamer a approuvé dans *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 725, et dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1070 :

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

Dans ses motifs, le juge Linden fait remarquer à juste titre que l'évolution récente de la politique pénale a suscité d'importants débats dans l'arène politique. Voici ce qu'il dit au par. 116 :

La Cour peut à bon droit noter que, depuis 1992, le Canada a connu deux élections fédérales dans lesquelles les points de vue sur la criminalité et le châtement ont joué un rôle important. Depuis 1992, la criminalité et les comportements criminels sont réprouvés avec de plus en plus de force au Canada. Le gouvernement fédéral a renforcé de nombreux aspects du droit criminel dans le but de donner écho à l'intolérance croissante face au crime qu'on peut constater dans nos collectivités. Il convient de mentionner que le Parlement a aussi affecté davantage de ressources à la recherche de solutions de rechange à l'incarcération et a mis l'accent sur les droits des victimes. Certes, il importe de se rappeler que la raison d'être de la *Charte* est de protéger les personnes vulnérables des humeurs abusives de la population, mais il faut aussi être sensible aux changements légitimes dans les attitudes du Parlement à l'égard de ce qui constitue ou non une saine politique pénale.

Considérés dans leur contexte global, les objectifs et les effets bénéfiques l'emportent sur l'inhabilité temporaire à voter de l'auteur d'un acte criminel grave, laquelle découle de son

incarceration. In my view, Parliament has enacted a law which is reasonable, and which is justified in a free and democratic society.

V. Section 15(1) of the Charter

189 I agree with the trial judge and unanimous Court of Appeal below (Desjardins J.A. was in agreement with Linden J.A.'s reasoning regarding s. 15(1)) that it is clear that there has been no infringement of s. 15(1) of the *Charter*.

190 In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, Iacobucci J. summarized, at para. 88, the proper approach to s. 15(1) as follows:

(3) . . . a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

(A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

(C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

191 In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 63, Cory and Iacobucci JJ. noted that for distinctions to be discriminatory, they must be made on the basis of an enumerated or analogous ground:

incarcération. Je suis d'avis que le législateur a adopté une disposition raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

V. Le paragraphe 15(1) de la Charte

Je conviens avec le juge de première instance et les juges unanimes de la Cour d'appel fédérale (le juge Desjardins souscrivant au raisonnement du juge Linden sur ce point) qu'il n'y a manifestement pas d'atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88, le juge Iacobucci résume la démarche que commande l'application du par. 15(1) :

(3) . . . le tribunal ayant à se prononcer sur une allé- gation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :

(A) La loi contestée : a) établit-elle une distinc- tion formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

(C) La différence de traitement est-elle discrimi- natoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'in- dividu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société cana- dienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

Dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 63, les juges Cory et Iacobucci ont précisé que, pour qu'elle soit discriminatoire, une distinction doit être faite sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue :

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

Even if I were to presume that a distinction has been based on personal characteristics pursuant to inquiry (A) of the *Law* criteria, I am of the view that the answer to (B) is clearly in the negative. The status of being a prisoner does not constitute an analogous ground.

Several courts have canvassed the issue of whether prisoner status constitutes an analogous ground: *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55 (T.D.); *Belczowski* (at the trial level), *supra*; *McKinnon v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1002 (T.C.C.); *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (T.C.C.); *Mulligan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062 (T.C.C.), followed in *Wells v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118 (T.C.C.); *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168 (T.D.), leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. xii; and *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1999), 163 F.T.R. 1, aff'd (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154. All have held that prisoner status does not amount to a ground analogous to those enumerated under s. 15(1) of the *Charter*.

In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, this Court agreed with the reasoning of the Federal Court of Appeal below on the point that permanent residents who had been convicted of criminal offences involving terms of imprisonment of five years or more did not constitute a category of persons analogous to those enumerated in s. 15(1). Pratte J.A. at the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 299, at p. 311, stated:

No analogy can be made between the grounds of discrimination mentioned in section 15 and the fact that certain permanent residents have been convicted of serious offences. Permanent residents who have been convicted of serious criminal offences do not fall into an analogous category to those specifically enumerated in section 15.

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

Même si je supposais qu'une distinction a été établie d'après des caractéristiques personnelles selon le volet (A) du critère de l'arrêt *Law*, je crois que la réponse au volet (B) est clairement négative. Le fait d'être prisonnier ne constitue pas un motif analogue.

Plusieurs tribunaux ont examiné minutieusement la question de savoir si la condition de prisonnier constitue un motif analogue : *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55 (1^{re} inst.); *Belczowski* (1^{re} inst.), précité; *McKinnon c. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1002 (C.C.I.); *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745 (C.C.I.); *Mulligan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062 (C.C.I.), décision suivie dans *Wells c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118 (C.C.I.); *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168 (1^{re} inst.), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)* (1999), 163 F.T.R.1, conf. par (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 CAF 154. Tous ont conclu que les prisonniers ne constituent pas un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1) de la *Charte*.

Dans *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, notre Cour a convenu avec la Cour d'appel fédérale que les résidents permanents reconnus coupables d'infractions criminelles entraînant des peines d'emprisonnement de cinq ans ou plus n'appartenaient pas à une catégorie de personnes analogue à celles énumérées au par. 15(1). Le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 299, dit à la p. 311 :

Aucune analogie ne peut être établie entre les motifs de discrimination définis à l'article 15 et le fait que certains résidents permanents ont été déclarés coupables d'infractions graves. Les résidents permanents qui ont été reconnus coupables d'actes criminels graves ne tombent pas dans une catégorie analogue à celles qui sont énumérées à l'article 15.

192

193

194

I am of the view that a similar analysis applies in the case at bar, although here the distinction drawn is between citizens who have committed serious criminal offences for which they have been incarcerated as punishment and other citizens, rather than the distinction in *Chiarelli* drawn between permanent residents who have committed serious offences warranting terms of imprisonment of five years or more and other permanent residents.

195

Prisoners do not constitute a group analogous to those enumerated in s. 15(1) because the fact of being incarcerated cannot be said to have arisen because of a stereotypical application of a presumed group characteristic. The status of being a prisoner is brought about by the past commission of serious criminal offences, acts committed by the individual himself or herself. The unifying group characteristic is past criminal behaviour. This was the view of the trial judge in *Jackson*, *supra*, noted by the trial judge in the case at bar: the differential treatment arises “not from their personal characteristics, but from past courses of conduct” (p. 920). This was also the view of Strayer J. in *Belczowski* at the trial level, *supra*, at p. 162: “I am unable to conclude that a law applied to the plaintiff to his disadvantage by reason of the circumstance that he has committed a crime and is imprisoned under lawful sentence amounts to discrimination on some ground analogous to those specified in subsection 15(1)”.

196

Linden J.A., below, correctly stated at para. 166 of his reasons:

... I cannot describe one's status as a prisoner as “a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity”. Imprisonment is neither immutable nor unchangeable; for all but a few prisoners it is a status that is meant to change over time. Further, it cannot be said that “the government has no legitimate interest in expecting” prisoners to change in order “to receive equal treatment under the law”. In fact, the contrary is true — the government has every reason to expect convicted criminals to change their behaviour in order to achieve equal

Selon moi, le même raisonnement vaut en l'espèce, bien que la distinction soit établie entre les citoyens ayant commis des actes criminels graves pour lesquels ils sont incarcérés en guise de punition et les autres citoyens, alors que dans *Chiarelli* la distinction est entre les résidents permanents ayant commis des infractions graves justifiant des peines d'emprisonnement de cinq ans ou plus et les autres résidents permanents.

Les prisonniers ne forment pas un groupe analogue à ceux énumérés au par. 15(1), parce que l'on ne peut considérer que l'incarcération résulte de l'application stéréotypée d'une présumée caractéristique de groupe. Le fait d'être détenu est imputable à la perpétration d'un acte criminel grave, acte que l'intéressé a perpétré lui-même. La caractéristique commune aux membres du groupe est l'activité criminelle antérieure. Tel était l'avis du juge de première instance dans *Jackson*, précité, comme l'a fait remarquer le juge de première instance en l'espèce : la différence de traitement découle « non pas de leurs caractéristiques personnelles, mais de leur conduite antérieure » (p. 920). C'était également le point de vue du juge Strayer dans *Belczowski* (première instance), précité, p. 162 : « Je ne peux pas conclure que l'application d'une loi au demandeur, à son détriment, parce qu'il a commis un acte criminel et qu'il est incarcéré en vertu d'une condamnation légitime, constitue de la discrimination pour un motif analogue à ceux que spécifie le paragraphe 15(1) ».

C'est à juste titre que le juge Linden de la Cour d'appel fédérale dit ce qui suit au par. 166 de ses motifs :

... je ne puis décrire l'état de prisonnier comme « une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle ». L'emprisonnement n'est ni immuable ni impossible à modifier; pour la presque totalité des prisonniers, c'est un état qui peut changer avec le temps. De plus, on ne peut affirmer que « le gouvernement ne peut légitimement s'attendre » que les prisonniers changent « pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi ». En fait, l'inverse est vrai — le gouvernement a toutes les raisons de s'attendre

treatment under the law. That is the very reason for imprisonment.

With regard to the argument that being imprisoned could be said to be immutable or constructively immutable, insofar as incarceration is, obviously, once it has begun, beyond a prisoner's control, the immutability or constructive immutability is nonetheless an inherent and necessary dimension of being incarcerated, which obviously and validly relates to the state's legitimate role of punishing serious criminals for their criminal activity. If one could change the fact of being incarcerated at one's own whim, then it would be a useless concept. Most importantly, while being incarcerated is beyond the immediate control of a prisoner, it is the result of their criminal activity, the commission of which was within their control. As Professor Hogg has aptly suggested, at p. 52-29 of *Constitutional Law of Canada, supra*:

Another way of looking at immutability as the common element of the listed personal characteristics is to notice that the characteristics are inherent, rather than acquired. They do not reflect a voluntary choice by anyone, but rather an involuntary inheritance. . . . Section 15 prohibits laws that distinguish between people on the basis of their inherent attributes as opposed to their behaviour. Section 15 therefore does not prohibit laws that make special provision for those who have committed a crime, become insolvent, manufactured food or drugs, joined the legal profession, made a will, purchased a taxable good or service, etc. It is true that individuals may claim to be treated unfairly by the law for conditions that are their own responsibility, but this kind of claim even if fully justified does not warrant a constitutional remedy.

When discussing punishment and incarceration, it is important to also address s. 12 of the *Charter*. Section 12, which protects “[e]veryone” from “cruel and unusual treatment or punishment”, addresses the condition of incarcerated persons and persons undergoing other forms of punishment or treatment. It, however, inherently recognizes the fact that incarcerated persons are clearly subject to a kind of

que les personnes déclarées coupables d'une infraction criminelle modifient leur comportement pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. C'est la raison d'être de l'emprisonnement.

En ce qui concerne l'argument selon lequel l'incarcération peut être immuable ou présumée immuable puisque de toute évidence, une fois qu'elle a commencé, elle est indépendante de la volonté du détenu, l'immutabilité ou l'immutabilité présumée constitue néanmoins une dimension nécessaire inhérente à l'incarcération, et cette dimension se rattache manifestement et à juste titre au pouvoir légitime de l'État de punir les auteurs d'actes criminels graves. Si l'on pouvait à son gré changer quelque chose au fait d'être incarcéré, la mesure n'aurait aucun sens. Surtout, bien qu'elle soit indépendante de la volonté immédiate du détenu, l'incarcération résulte d'un acte criminel que le détenu a délibérément perpétré. Comme le professeur Hogg l'a judicieusement laissé entendre à la p. 52-29 de son ouvrage *Constitutional Law of Canada, op. cit.* :

[TRADUCTION] Il est une autre façon d'envisager l'immutabilité en tant qu'élément commun des caractéristiques personnelles énumérées; on peut constater en effet qu'il s'agit de traits inhérents qu'on n'acquiert pas par soi-même. Ils ne résultent pas d'un choix volontaire, mais constituent un héritage reçu involontairement. [. . .] L'article 15 proscriit toute mesure législative qui fait des distinctions entre les gens sur le fondement de leurs attributs, par opposition à leur comportement. Il n'interdit donc pas l'adoption de lois qui renferment des dispositions particulières visant les personnes qui commettent un crime, qui deviennent insolubles, se livrent à la fabrication d'aliments ou de drogues, qui se font avocats, qui dressent un testament, qui achètent un produit ou un service taxables, etc. On peut bien sûr se prétendre injustement traité en vertu d'une loi par suite d'une situation dont on est soi-même l'auteur, mais ce genre d'allégation, même à la supposer tout à fait justifiée, ne donne pas lieu à une réparation fondée sur la Constitution.

En matière de punition et d'incarcération, il importe d'examiner également l'art. 12 de la *Charte*, qui protège « [c]hacun » contre « tous traitements ou peines cruels et inusités ». Cette disposition vise les personnes emprisonnées et les personnes qui font l'objet d'autres types de peine ou de traitement. Cependant, elle reconnaît implicitement que le détenu fait clairement l'objet d'un traitement

197

198

unequal treatment, but a form of treatment that is nonetheless constitutional as long as it is not “cruel and unusual”.

199 I spent much time above addressing how being incarcerated for having committed a serious crime does not go to the “dignity” or “worth” of the perpetrator: it relates to the crime committed. Crime is appropriately disapproved of: disapproval is inherent in its definition, which relates to committing offences which are punishable by law. Prisoner status relates to the valid fact of punishment for this criminal activity.

200 Further, from the perspective of the general community and of victims or potential victims, I note that serious criminal conduct is often directly inimical to one of the two purposes of s. 15(1), that of ensuring the equal worth and dignity of all human persons: see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 54.

201 It is clear that the case law of this Court indicates that equality does not necessarily connote identical treatment. In my view, to find prisoner status to be an analogous ground would be a distortion of the purpose of s. 15(1) and would come close to making a mockery of the *Criminal Code* and the values on which it is based and which it enshrines. This is because it makes little sense to suggest that the distinction being drawn between incarcerated persons and other citizens is based on a stereotypical or irrelevant ground. The relevant and valid ground of differentiation which results in becoming a prisoner is the conviction for a serious criminal offence.

202 An alternative argument was made before this Court that imprisonment should be recognized as an analogous ground because of adverse effect or impact discrimination based on the fact that Aboriginal peoples make up a “disproportionate” percentage of prisoners. I am not convinced by this argument. On this point, I adopt the following analysis of Linden J.A., from para. 169 of his reasons:

inégal, mais que ce traitement est constitutionnel s’il n’est pas « cruel et inusité ».

J’ai déjà longuement expliqué pourquoi l’incarcération consécutive à la perpétration d’un acte criminel grave ne compromet ni la « dignité » ni la « valeur » du contrevenant : il se rattache à l’acte perpétré. Le crime est à juste titre désapprouvé : cet opprobre est inhérent à sa définition, soit la perpétration d’une infraction punissable par la loi. La condition de prisonnier est liée à la peine infligée à juste titre pour la perpétration d’un acte criminel.

Par ailleurs, du point de vue de la collectivité en général et des victimes ou des victimes éventuelles, je souligne que, souvent, les actes criminels graves vont directement à l’encontre de l’un des deux objets du par. 15(1), celui d’assurer l’égalité et la dignité de tous les êtres humains : voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 54.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu’égalité ne signifie pas nécessairement identité de traitement. À mon sens, conclure que la condition de prisonnier confère un motif analogue équivaudrait à déformer l’objet du par. 15(1) et reviendrait presque à ridiculiser le *Code criminel* et les valeurs qui le sous-tendent et qu’il consacre. La raison en est qu’il n’est guère logique de laisser entendre que la distinction établie entre les détenus et les autres citoyens se fonde sur un stéréotype ou un motif non pertinent. La distinction qui donne lieu à l’emprisonnement se fonde sur le fait que l’intéressé a été déclaré coupable d’un acte criminel grave, ce qui constitue un motif pertinent et valable.

À titre subsidiaire, on a fait valoir devant la Cour que l’emprisonnement devait être reconnu à titre de motif analogue en raison de son effet préjudiciable ou de la discrimination qui en résulte indirectement du fait que les Autochtones constituent un pourcentage « disproportionné » de la population carcérale. Je ne suis pas convaincu par cet argument. Je me range plutôt à l’avis du juge Linden, de la Cour d’appel fédérale, exprimé au par. 169 de ses motifs :

First, since, according to the data offered, 1,837 Aboriginal people are disenfranchised by this law, it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in the prison system adversely affects the political expression of Aboriginal peoples generally, as there are over six hundred thousand registered Aboriginal people in Canada. If Aboriginal people generally, or a particular group of Aboriginal people, could show that disenfranchisement effectively and adversely compromised their political expression, a constitutional exemption from the operation of paragraph 51(e) of the CEA might conceivably be justified. This has not been done. Second, it cannot be said that the over-representation of Aboriginal peoples in prison is so overwhelming as to justify a conclusion that a law aimed at prisoners is *de facto* a law aimed at Aboriginal peoples. If the over-representation of Aboriginal peoples in prisons reaches a level where it could be said that a law aimed at prisoners was, *de facto*, a law aimed at Aboriginal peoples, then constitutional exemption from the operation of paragraph 51(e) of the CEA might be considered. That is not the case here. [Footnotes omitted.]

Beyond this, I find any analysis of adverse impact or effect discrimination seems parasitic on finding that prisoner status constitutes an analogous ground, since the adverse effect or impact is allegedly upon Aboriginal prisoners; it is the prisoner status which is alleged to result in the disadvantage, something which is not furthered within the category of Aboriginal prisoner status. It is clear that if the treatment was targeted against Aboriginal people in a direct way, they would have a valid objection based on an enumerated ground of s. 15(1). As Linden J.A. noted, the numbers do not warrant the conclusion that the disenfranchisement provision is being used to target Aboriginal persons *per se* or has this effect.

The key is that the fact of incarceration does not necessarily arise due to any personal attribute such as race or ethnic origin and neither does it necessarily relate to social condition. It necessarily relates to having committed crimes. If Aboriginal inmates had their votes taken away for life, while non-Aboriginal inmates only suffered a temporary suspension, or if Aboriginal inmates were disenfranchised but not non-Aboriginal inmates, then such differential

Premièrement, selon les données produites, la loi prive 1 837 Autochtones de leur droit de vote; on ne peut donc pas affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans le système pénitentiaire a une incidence négative sur l'expression politique des peuples autochtones en général, car le Canada compte plus de six cent mille Autochtones inscrits. Si l'ensemble des Autochtones ou un groupe particulier d'Autochtones pouvaient démontrer que l'inhabilité à voter a une incidence négative réelle sur leur expression politique, il serait concevable qu'une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51e) de la LEC soit justifiée. Une telle incidence n'a pas été démontrée. Deuxièmement, on ne peut affirmer que la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale est à ce point considérable qu'elle justifierait une conclusion portant que toute loi privant les prisonniers vise de fait les Autochtones. Si la surreprésentation des Autochtones dans la population carcérale atteint un niveau qui permette de dire qu'une loi visant les prisonniers vise de fait les Autochtones, il sera possible d'envisager une exemption constitutionnelle à l'application de l'alinéa 51e) de la LEC. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. [Notes omises.]

Par ailleurs, il me semble que l'examen de l'effet préjudiciable ou de la discrimination indirecte est lié à l'idée que la condition de prisonnier constitue un motif analogue, puisque l'effet préjudiciable ou la discrimination indirecte toucherait les détenus autochtones. Or c'est la condition de prisonnier qui — allègue-t-on — occasionnerait le désavantage, ce qui ne saurait être démontré en fonction de la catégorie des prisonniers autochtones. Il est clair que si le traitement visait directement les peuples autochtones, ceux-ci pourraient le contester à juste titre sur le fondement d'un motif énuméré au par. 15(1). Comme l'a fait remarquer le juge Linden, les données ne permettent pas de conclure que la disposition établissant l'inhabilité à voter vise à désavantager les Autochtones ou a cet effet.

La considération principale est que l'incarcération n'est pas nécessairement attribuable à une caractéristique personnelle, comme la race ou l'origine ethnique, ni liée nécessairement à la condition sociale. Il découle nécessairement de la perpétration d'un crime. Si les détenus autochtones perdaient à vie le droit de vote alors que les autres détenus ne le perdraient que temporairement, ou si les détenus autochtones étaient privés du droit de

treatment would clearly warrant different analysis. But this is not the case here.

204

The reasons of the Chief Justice, at para. 60, refer to the fact that this Court, in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, noted that the overrepresentation of Aboriginal persons in the criminal justice system and the prison population reflects a “crisis in the Canadian criminal justice system”. I agree that a sad and pressing social problem exists, but suggest that it is quite a leap to then say that Parliament is incapable of enacting a provision which disenfranchises serious criminal offenders who have been sentenced to two or more years of incarceration. As noted above, it is not plausible to say that the temporary disenfranchisement is in some way targeted at Aboriginal people: it hinges only upon the commission of serious criminal offences. If there is a problem with the overrepresentation of Aboriginal people in our criminal justice system and prisons, then that issue must continue to be addressed, by not only continuing to pay attention to the sentencing considerations pursuant to s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, which are specifically aimed at such a reduction, but also by addressing some of the root causes of the overrepresentation identified by this Court in *Gladue*, *supra*, including poverty, substance abuse, lack of education, lack of employment opportunities, and bias against Aboriginal people. The continuing need to address these factors does not, however, preclude the ability of Parliament to address other pressing social problems, including denouncing serious crime, enhancing the meaning of the criminal sanction and promoting civic responsibility and the rule of law, which s. 51(e) of the Act is directed to. Also in *Gladue*, at para. 78, this Court stated that it is unreasonable to assume that Aboriginal people do not believe in goals of punishment such as denunciation, deterrence and separation, to which I add, obviously, the principle of rehabilitation. These goals of punishment, as discussed above, are related to the temporary disenfranchisement of serious criminal offenders and are ultimately aimed at the reintegration of

vote, contrairement aux autres détenus, une telle différence de traitement appellerait clairement une autre conclusion. Mais ce n’est pas le cas en l’espèce.

Au paragraphe 60 de ses motifs, le Juge en chef signale que dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, la Cour a dit que la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale et la population carcérale reflète une « crise dans le système canadien de justice pénale ». Je reconnais l’existence d’un problème social à la fois attristant et urgent, mais je ne crois pas que l’on puisse en conclure que le législateur ne peut adopter une disposition qui rend inhabiles à voter les auteurs d’actes criminels graves condamnés à une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus. Je le répète, il n’est pas vraisemblable que l’inhabilité temporaire vise de quelque manière les Autochtones étant donné qu’elle découle strictement de la perpétration d’une infraction criminelle grave. Si la surreprésentation des Autochtones au sein du système de justice pénale et de la population carcérale constitue un problème, il faut tenter d’y remédier non seulement en continuant d’appliquer le principe de détermination de la peine énoncé à l’al. 718.2e) du *Code criminel*, dont l’objectif est précisément de diminuer le nombre des détenus autochtones, mais également en s’attaquant aux causes profondes de cette surreprésentation dont la Cour a fait état dans *Gladue*, précité, y compris la pauvreté, la toxicomanie, le manque d’instruction, l’absence de possibilités d’emploi et les préjugés contre les Autochtones. La nécessité de lutter sans relâche contre ces facteurs n’empêche cependant pas le législateur de s’attaquer à d’autres problèmes sociaux urgents, notamment en dénonçant les actes criminels graves, en rehaussant la signification de la sanction pénale ainsi qu’en favorisant la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, ce qui est la raison d’être de l’al. 51e) de la Loi. Dans *Gladue*, par. 78, la Cour a également dit qu’il était déraisonnable de présumer que les Autochtones ne croient pas dans les objectifs de la sanction pénale, comme la dénonciation, la dissuasion et l’isolement, auxquels j’ajouterais évidemment la réadaptation. Comme j’en ai déjà discuté, ces objectifs sont liés au retrait temporaire du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves et visent en fin de compte

offenders, Aboriginal or otherwise, back into the community.

I also note that this Court stated in *Gladue*, at para. 79, that the more serious the offence, the more likely it will be that the terms of imprisonment for Aboriginal and non-Aboriginal persons will be similar or the same, even if the different considerations for sentencing are taken into account. Since the temporary disenfranchisement provision hinges on serious criminal activity, this point is directly relevant.

Having found that there is no infringement of s. 15(1) of the *Charter*, it is unnecessary to consider s. 1.

VI. Conclusion

Section 51(e) of the Act does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. While it has been conceded that it does infringe s. 3 of the *Charter*, the infringement is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society. I would therefore dismiss the appeal.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to vote in an election of members of the House of Commons, as guaranteed by s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes; the infringement was conceded by the Crown.

2. If the answer to Question 1 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. Does s. 51(e) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, infringe the right to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination, as guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

la réinsertion sociale du contrevenant, autochtone ou non.

En outre, dans *Gladue*, par. 79, la Cour écrit que plus l'infraction est grave, plus il est probable que la durée des peines d'emprisonnement des Autochtones et la durée de celles des non-Autochtones seront identiques ou semblables, même si des facteurs différents sont pris en considération pour la détermination de la peine. Il s'agit d'une considération pertinente puisque la disposition en cause vise les auteurs d'actes criminels graves.

Comme j'ai conclu qu'il n'y a pas d'atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, il est inutile de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier.

VI. Conclusion

L'alinéa 51e) de la Loi ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Même s'il a été admis qu'il porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, il s'agit d'une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit de voter aux élections législatives fédérales, garanti par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, le ministère public l'a reconnu.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

3. L'alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2, porte-t-il atteinte au droit à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi, et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, garanti par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

205

206

207

208

4. If the answer to Question 3 is yes, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant Richard Sauvé: Fergus J. O'Connor, Kingston, Ontario.

Solicitor for the appellants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Solicitor for the respondents: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Alberta: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada: Allan Manson, Queen's University, Kingston; Elizabeth Thomas, Kingston.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Conroy & Co., Abbotsford, B.C.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: The Aboriginal Legal Services of Toronto — Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, cette atteinte est-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.

Procureur de l'appelant Richard Sauvé : Fergus J. O'Connor, Kingston, Ontario.

Procureur des appelants Sheldon McCorrister, Lloyd Knezacek, Clair Woodhouse, Aaron Spence, Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw : Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Procureur des intimés : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada : Allan Manson, Université Queen's, Kingston; Elizabeth Thomas, Kingston.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : Conroy & Co., Abbotsford, C.-B.

Procureur de l'intervenante l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : The Aboriginal Legal Services of Toronto — Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.