

**Ontario Public Service Employees' Union,  
Marie Wilkinson, Edward E. Faulknor and  
Russell B. Smith *Appellants***

v.

**Attorney General for Ontario *Respondent***

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of Quebec, the Attorney  
General of Nova Scotia, the Attorney General  
for New Brunswick, the Attorney General of  
British Columbia, the Attorney General for  
Saskatchewan and the Attorney General for  
Alberta *Intervenors***

INDEXED AS: OPSEU v. ONTARIO (ATTORNEY  
GENERAL)

File No.: 16464.

1986: March 18, 19; 1987: July 29.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre,  
Chouinard\*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Constitutional law — Division of powers — Province  
restricting political activity of provincial civil servants  
and Crown employees in federal elections — Whether  
or not restrictions intra vires the province — Constitution  
Act, 1867, ss. 91, 92(1), (4), (13) — Constitution  
Act, 1982, s. 45 — The Public Service Act, R.S.O.  
1970, c. 386, ss. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15,  
16, now R.S.O 1980, c. 418.*

The Ontario Public Service Employees' Union is bargaining agent for Government of Ontario employees subject to *The Public Service Act* and each of the individual appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of the appellant union. Each individual appellant wishes to engage in political activities currently prohibited by *The Public Service Act*, including: running for election to Parliament without taking a leave of absence; canvassing and soliciting funds on behalf of federal political parties; and expressing opinions in public on federal political issues. The appellants are concerned that pursuit of these political

**Syndicat des employés de la Fonction  
publique de l'Ontario, Marie Wilkinson,  
Edward E. Faulknor et Russell B. Smith  
*Appelants***

a  
c.

**Le procureur général de l'Ontario *Intimé***

et

b  
Le procureur général du Canada, le procureur  
général du Québec, le procureur général de la  
Nouvelle-Écosse, le procureur général du  
Nouveau-Brunswick, le procureur général de  
c la Colombie-Britannique, le procureur général  
de la Saskatchewan et le procureur général de  
l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SEFPO c. ONTARIO (PROCUREUR  
GÉNÉRAL)

d  
Nº du greffe: 16464.

1986: 18, 19 mars; 1987: 29 juillet.

e  
Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,  
McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

f  
Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —  
Restriction par une province des activités politiques des  
fonctionnaires et employés de Sa Majesté dans le cadre  
d'élections fédérales — Ces restrictions relèvent-elles  
de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(1), (4), (13) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 45 — The Public Service Act, R.S.O. 1970, chap. 386, art. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418.

g  
h  
i  
j  
Le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur des employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à *The Public Service Act* et chacun des appellants est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appellant. Chacun d'eux souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales sans avoir à prendre un congé à cette fin, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques fédéraux et celle de prendre position publiquement sur des questions politi-

\* Chouinard J. took no part in the judgment.

\* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

activities would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*. A motion for an order declaring ss. 12-16 of the Act unconstitutional was heard prior to the coming into force of the *Charter* and proceeded simply on distribution of powers grounds. The motion was denied by Labrosse J. The Court of Appeal affirmed this decision and the underlying rationale that provincial jurisdiction was grounded in s. 92(13) of the *Constitutional Act, 1867*. The three constitutional questions stated before the Supreme Court of Canada dealt with ss. 12-16 of *The Public Service Act*. Were these sections unconstitutional or inoperative in that (1) they purported to restrain provincial civil servants and Crown employees from engaging in certain federal political activity, (2) they contravened ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Charter*, and (3) if so, whether or not they were justified under s. 1 of the *Charter*. Following this Court's decision on a preliminary issue that it would not hear or decide *Charter* issues, the case proceeded on submissions based upon the distribution of legislative powers and argument relying upon certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

*Held:* The appeal should be dismissed and the first constitutional question answered in the negative.

*Per Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.:* The impugned provisions constitute an ordinary legislative amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*, and they also relate to the tenure of provincial office within the meaning of s. 92(4). The legislation cannot be constitutionally justified on the sole basis that they are in pith and substance labour relations legislation and therefore a matter of property and civil rights in the province. The impugned provisions are not related to the field of federal elections.

In so far as this legislation can be said to confer rights, individual or collective, upon Ontario residents to have an impartial civil service, such rights are not civil but rather public or political rights. Although the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the provincial public service, many of its provisions, including the impugned provisions, can only be explained and justified by the fact that the employment in question is

ques fédérales. Les appelants craignent que l'exercice de ces activités politiques n'ait pour effet de les exposer à des mesures disciplinaires conformément à *The Public Service Act*. Une requête visant à obtenir une ordonnance déclarant inconstitutionnels les art. 12 à 16 de la Loi a été entendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et était fondée simplement sur le partage des pouvoirs. La requête a été rejetée par le juge Labrosse. La Cour d'appel a confirmé cette décision et le raisonnement sous-jacent selon lequel la compétence provinciale reposait sur le par. 92(13). Les trois questions constitutionnelles formulées devant la Cour suprême du Canada portaient sur les art. 12 à 16 de *The Public Service Act*. Ces articles sont-ils inconstitutionnels ou inopérants du fait (1) qu'ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, (2) qu'ils portent atteinte aux art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte*, et (3) dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*? Après que cette Cour eut décidé, relativement à une question préliminaire, qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions concernant la *Charte*, l'affaire a été entendue en fonction d'arguments fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que d'un argument fondé sur certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S 455.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté et la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

*Les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest:* Les dispositions contestées constituent une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et elles ont également trait à la durée des charges provinciales au sens du par. 92(4). Ces dispositions ne peuvent être justifiées du point de vue constitutionnel pour le seul motif qu'elles constituent, de par leur caractère véritable, des dispositions en matière de relations de travail et qu'elles relèvent, par conséquent, de la propriété et des droits civils dans la province. Les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le domaine des élections fédérales.

Dans la mesure où on peut dire que cette loi confère aux résidents de l'Ontario des droits, individuels ou collectifs, d'avoir une fonction publique impartiale, ces droits sont non pas civils, mais plutôt publics ou politiques. Bien que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique provinciale, un bon nombre de ses dispositions, y compris les dispositions contestées, ne peuvent s'expliquer et se justifier que par

public employment. They cannot, therefore, be grounded only in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* but can be fully grounded in s. 92(1) and (4).

The constitution of Ontario is not to be found in a comprehensive, written instrument called a constitution. An enactment can generally be considered as an amendment of the constitution of a province when it bears on the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union, and provided of course it is not explicitly or implicitly excepted from the amending power bestowed upon the province by s. 92(1), such as the offices of Lieutenant-Governor and of the Queen. The fact that a province can validly give legislative effect to a prerequisite condition of responsible government does not necessarily mean it can do anything it pleases with the principle of responsible government itself. Thus, it is uncertain, to say the least, that a province could touch upon the power of the Lieutenant-Governor to dissolve the legislature, or his power to appoint and dismiss ministers, without unconstitutionally touching his office itself. The principle of responsible government could, to the extent that it depends on those important royal powers, be entrenched to a substantial extent. The power of constitutional amendment given to the provinces by s. 92(1) does not necessarily comprise the power to bring about a profound constitutional upheaval by the introduction of political institutions foreign to and incompatible with the Canadian system.

The provisions impugned here are constitutional for they bear on the operation of the Ontario Public Service, which is an organ of government, and they impose on its members the duty to abstain from certain political activities in order to implement the principle of impartiality of the public service which is considered as an essential prerequisite of responsible government. It can similarly be said that the public service in Ontario is a part of the executive branch of the government of Ontario.

The impugned provisions are not related to the exclusively federal subject of federal elections. Rather than affecting federal elections *per se*, these provisions create a disability from membership in the Ontario Public Service, thereby affecting a provincially created relationship.

le fait que l'emploi en question est un emploi public. Elles ne peuvent donc être fondées uniquement sur le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais elles peuvent être entièrement fondées sur les par. 92(1) et (4).

La constitution de l'Ontario ne se trouve pas dans un document complet appelé constitution. Une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte b sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province comme, par exemple, les charges de lieutenant-gouverneur et de souverain. Le fait qu'une province puisse validement conférer un effet législatif à une condition préalable c d'un gouvernement responsable ne signifie pas nécessairement qu'elle peut faire tout ce qu'il lui plaît du principe du gouvernement responsable lui-même. Ainsi, il n'est pas certain, à tout le moins, qu'une province puisse toucher au pouvoir du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'assemblée législative, ou à son pouvoir de nommer et de destituer les ministres, sans toucher de manière inconstitutionnelle à sa charge elle-même. Le principe du gouvernement responsable pourrait, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible. Le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

g Les dispositions contestées en l'espèce sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement de la fonction publique de l'Ontario, qui est un organe du gouvernement, et elles imposent à ses membres l'obligation de s'abstenir d'exercer certaines h activités politiques afin de mettre en œuvre le principe de l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable. On peut dire de la même manière que la fonction publique en Ontario fait partie i de l'exécutif du gouvernement de l'Ontario.

Les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le chef de compétence fédérale exclusive que sont les élections fédérales. Ces dispositions ne touchent pas aux élections fédérales en soi, elles créent plutôt une incapacité de faire partie de la fonction publique de l'Ontario, portant ainsi atteinte à une relation créée par la province.

This disability extended to federal elections in order to ensure global political independence for provincial officers. The object of political discourse, the ultimate form of political activity, remains indivisible even in federations with divided jurisdictions. Political activities in the federal field, therefore, had to be included in the impugned provisions to ensure the impartiality of the provincial public service. The alternative would have made the legislation miss its target altogether. The aim of the legislation, far from violating the federal principle, was to reinforce it and to secure the operation of responsible government within a federal framework; its effects on federal political activities were necessarily incidental. The constitutional validity of the impugned provisions may also be supported under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*, which in any event buttresses the argument already made under s. 92(1).

In a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation.

The fundamental right in Canada to participate in certain political activities is not infringed by the impugned legislation; federal and provincial elections are only affected in an incidental way. The basic structure of the Constitution established by the *Constitution Act, 1867* contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels. Neither Parliament nor the provincial legislatures may enact legislation which would substantially interfere with the operation of this basic structure. Quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them.

*Per Dickson C.J.: The Public Service Act* is directed to the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment in the public service and in essence governs the establishment, functions, responsibilities and employment relationships of the Ontario Public Service. Viewed in its entirety, it is easily and explicitly authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* concerning provincial offices and appointments. The Act, which deals with many of the traditional components of an employer-employee relationship, also falls within the province's property and civil rights power, since labour relations has long been a subject

Cette incapacité s'étend aux élections fédérales en vue d'assurer l'indépendance politique globale des fonctionnaires provinciaux. L'objet du débat politique, la forme ultime d'activité politique, demeure indivisible même dans une fédération qui présente des compétences partagées. Il fallait donc inclure dans les dispositions contestées les activités politiques liées au domaine fédéral pour assurer l'impartialité de la fonction publique provinciale, sinon la mesure législative aurait complètement raté son objectif. Loin de violer le principe fédéral, les dispositions en cause visent à la renforcer et à assurer le fonctionnement d'un gouvernement responsable à l'intérieur d'un régime fédéral; leur effet sur les activités politiques fédérales est nécessairement accessoire. La constitutionnalité des dispositions contestées peut aussi être étayée en vertu du par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, en tout état de cause, appuie l'argument déjà soumis en vertu du par. 92(1).

Dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative.

Les dispositions contestées ne violent pas le droit fondamental, qui existe au Canada, de participer à certaines activités politiques; les élections fédérales et provinciales ne sont touchées que d'une façon accessoire. La structure fondamentale de la Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial. Ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légiférer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure fondamentale. Indépendamment de considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et ne doivent en aucun cas y passer outre.

*Le juge en chef Dickson: The Public Service Act* a pour objet de réglementer, d'une manière générale, l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique et elle porte essentiellement sur la création, le rôle et les responsabilités de la fonction publique de l'Ontario, ainsi que sur les relations de travail au sein de cet organisme. Dans son ensemble, elle est explicitement autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, concernant les charges provinciales et les nominations. La Loi, qui traite d'un bon nombre d'éléments traditionnels des rapports employeur-employé, relève également de la compétence

matter generally within provincial jurisdiction under s. 92(13). Constitutional authority granted under s. 92(4) and (13) extends to the specific prohibitions against political activity in ss. 12-16 of the Act. There was no reason, given the Act's validity as a whole under both s. 92(4) and (13), to consider s. 92(1) with the attendant difficulties of assigning a precise content to the concept of "a provincial constitution".

The doctrine of interjurisdictional immunity is not a particularly compelling doctrine given its inconsistency with the basic pith and substance doctrine that a law "in relation to" a provincial matter may validly "affect" a federal matter. Furthermore Parliament, while it can easily enact appropriate laws effecting paramountcy over conflicting provincial laws, has not done so here. The Court, in light of the federal government's intervention in support of the Ontario law and its legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario, should be particularly cautious about invalidating a provincial law.

Appellants argued that the prohibitions were overbroad in that the prohibitions applied to all civil servants without distinguishing between the types of jobs performed and that they covered too wide a range of political activities. Overreach in the sense here used is not arguable in a distribution of powers case.

Appellants also argued, relying on a statement in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, that Canadian constitutional jurisprudence recognized the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens to participate in federal political activities. Freedom of speech and expression is a fundamental animating value in the Canadian constitutional system. No single value, however, no matter how exalted, can bear the full burden of upholding a democratic system of government and some underlying and important values may even conflict. It would be inappropriate to enter into a detailed application of the *Fraser* principles to the facts of the present case because none of the individual appellants has actually been subjected to disciplinary proceedings.

*Per Lamer J.: The Public Service Act* is authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*; there was no need to consider s. 92(1) or (13).

provinciale en matière de propriété et de droits civils puisque les relations de travail constituent depuis longtemps une matière qui est généralement du ressort des provinces en vertu du par. 92(13). La constitutionnalité en vertu des par. 92(4) et (13) s'applique aux interdictions expresses d'exercer des activités politiques, que l'on trouve aux art. 12 à 16 de la Loi. Étant donné que la Loi dans son ensemble est valide en vertu des par. 92(4) et (13), il n'y a aucune raison d'examiner le par. 92(1) étant donné la difficulté que pose l'attribution d'un sens précis à la notion de «constitution provinciale».

Le principe de l'exclusivité des compétences n'est pas un principe particulièrement impérieux étant donné son incompatibilité avec le principe fondamental du caractère véritable suivant lequel une loi «relative à» une matière provinciale peut régulièrement «toucher» une matière fédérale. En outre, bien que le Parlement puisse facilement adopter des lois appropriées qui l'emporteraient sur les lois provinciales incompatibles, il ne l'a pas fait en l'espèce. Étant donné que le gouvernement fédéral est intervenu pour appuyer la loi ontarienne et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario, le Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale.

Les appelants ont soutenu que les interdictions sont de portée trop large étant donné qu'elles s'appliquent à tous les fonctionnaires sans distinguer entre les types d'emploi qu'ils occupent, et qu'elles visent une gamme trop large d'activités politiques. La portée trop large au sens où on l'entend ici n'est pas plaidable dans une affaire ayant trait au partage des pouvoirs.

Invoquant une déclaration contenue dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, les appellants font également valoir que la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle reconnaît l'existence de certains droits et libertés politiques fondamentaux qui permettent aux citoyens de participer aux activités politiques fédérales. La liberté de parole et d'expression représente une valeur fondamentale qui anime le régime constitutionnel canadien. Toutefois, aucune valeur, si noble soit-elle, ne peut à elle seule permettre de soutenir un régime de gouvernement démocratique et il peut même arriver que certaines valeurs fondamentales entrent en conflit. Il ne conviendrait guère de procéder à une application détaillée des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* aux faits de la présente affaire puisqu'aucun des appellants n'a fait l'objet de mesures disciplinaires.

*Le juge Lamer: The Public Service Act* est autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il n'est pas nécessaire d'examiner les par. 92(1) ou (13).

**Cases Cited**

By Beetz J.

**Considered:** *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; **distinguished:** *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, reversing [1964] 1 O.R. 641, reversing [1963] 2 O.R. 162; **referred to:** *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353; *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, affirming [1978] C.A. 351; *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Valin v. Langlois* (1879), 5 A.C. 115, affirming (1879), 3 S.C.R. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247; *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 S.C.R. 575; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285.

By Dickson C.J.

**Overruled:** *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; **referred to:** *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (Manitoba Securities Case)*, [1929] A.C. 260; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] S.C.R. 767; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Beetz

**Arrêts examinés:** *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; **distinction d'avec l'arrêt:** *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, infirmant [1964] 1 O.R. 641, infirmant [1963] 2 O.R. 162; **arrêts mentionnés:** *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353; *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Renvoi; Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, confirmant [1978] C.A. 351; *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Valin v. Langlois* (1879), 5 A.C. 115, confirmant (1879), 3 R.C.S. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247; *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 R.C.S. 575; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêt rejeté:** *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; **arrêts mentionnés:** *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (l'affaire des valeurs mobilières du Manitoba)*, [1929] A.C. 260; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

By Lamer J.

**Overruled:** *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14.  
*Canada Elections Act*, S.C. 1960, c. 39, s. 71.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2, 3, 15(1).  
*Constitution Act*, 1867, ss. 58-70, 82-87, 91, 92(1), (4), (13).  
*Constitution Act*, 1982, s. 45.  
*Crown Employees Collective Bargaining Act*, 1972, S.O. 1972, c. 67.  
*Executive Council Act*, R.S.O. 1970, c. 153.  
*Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, c. 240.  
*Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2.  
*Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, ss. 2, 3, 10, 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, 23, 24, 26, 27, 28, 28a, now R.S.O. 1980, c. 418.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 32.  
*Representation Act*, R.S.O. 1970, c. 413.

#### Authors Cited

Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1904.  
Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.  
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, dismissing an appeal from a judgment of Labrosse J. (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. Appeal dismissed; the first constitutional question is answered in the negative.

Stephen T. Goudge and Ian McGilp, for the appellants.

Blenus Wright and Carol Creighton, for the respondent.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Réal A. Forest and Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William M. Wilson, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Citée par le juge Lamer

**Arrêt rejeté:** *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

#### a Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2, 3, 15(1).  
*Crown Employees Collective Bargaining Act*, 1972, S.O. 1972, chap. 67.  
*Executive Council Act*, R.S.O. 1970, chap. 153.  
<sup>b</sup> *Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, chap. 240.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 58 à 70, 82 à 87, 91, 92(1), (4), (13).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 45.  
*Loi électorale du Canada*, S.C. 1960, chap. 39, art. 71.  
<sup>c</sup> *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> supp.), chap. 14.  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 32.  
*Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. O-2.  
<sup>d</sup> *Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386, art. 2, 3, 10, 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, 23, 24, 26, 27, 28, 28a, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418.  
*Representation Act*, R.S.O. 1970, chap. 413.

#### Doctrine citée

<sup>e</sup> Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1904.  
Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.  
<sup>f</sup> Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Labrosse (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Stephen T. Goudge et Ian McGilp, pour les appellants.

Blenus Wright et Carol Creighton, pour l'intimé.

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Réal A. Forest et Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

William M. Wilson, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Richard C. Speight*, for the intervenor the Attorney General for New Brunswick.

*Joseph J. Arvay*, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

*Robert G. Richards*, for the intervenor the Attorney General for Saskatchewan.

*William Henkel, Q.C.*, and *Robert J. Normey*, for the intervenor the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

**THE CHIEF JUSTICE**—This appeal involves an important area of constitutional law, namely, the scope of provincial jurisdiction to regulate certain political activities of provincial civil servants and Crown employees.

## I

### The Facts

The Ontario Public Service Employees' Union is bargaining agent for approximately 50,000 employees of the Government of Ontario who are subject to *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, now R.S.O. 1980, c. 418, of that province. Marie Wilkinson is employed by the Ontario Ministry of Community and Social Services as a counsellor at a centre for the care of the mentally retarded. Edward Faulknor is employed by the Ontario Ministry of Revenue as an assessor. Russell Smith is employed by the Ministry of Natural Resources as a laboratory technician.

Each of the individual appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of the appellant union. Each individual appellant wishes to engage in political activities currently prohibited by *The Public Service Act*, including: running for election to Parliament without taking a leave of absence; canvassing and soliciting funds on behalf of federal political parties; and expressing opinions in public on federal political issues. The appellants are concerned that pursuit of these political activi-

*Richard C. Speight*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Joseph J. Arvay*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

*William Henkel, c.r.*, et *Robert J. Normey*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

**LE JUGE EN CHEF**—Ce pourvoi touche à un domaine important du droit constitutionnel, savoir celui de la portée de la compétence des provinces pour réglementer certaines activités politiques des fonctionnaires et des employés provinciaux de Sa Majesté.

## I

### Les faits

Le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur d'environ 50 000 employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à la loi de cette province, dite *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418. Marie Wilkinson est employée par le ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario en tant que conseillère en réadaptation dans un centre pour déficients mentaux. Edward Faulknor travaille pour le ministère du Revenu de l'Ontario en tant que contrôleur des contributions. Russell Smith occupe le poste de technicien de laboratoire au ministère des Richesses naturelles.

Chacun des appétents est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appelant. Chacun d'eux souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont: la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales sans avoir à prendre un congé à cette fin, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques fédéraux et celle de prendre position publiquement sur des questions politiques fédérales. Les appétents craignent que l'exercice de ces activités politiques n'ait pour effet de les

ties would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*.

## II

The Legislation

The general thrust of the Ontario *Public Service Act* is the regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment in the public service. Within this general context there are five provisions which prohibit public servants from engaging in some political activities. These sections read as follows:

**12.**—(1) Except during a leave of absence granted under subsection 2, a Crown employee shall not,

- (a) be a candidate in a provincial or federal election or serve as an elected representative in the legislature of any province or in the Parliament of Canada;
- (b) solicit funds for a provincial or federal political party or candidate; or
- (c) associate his position in the service of the Crown with any political activity.

(2) Any Crown employee, other than a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29, who proposes to become a candidate in a provincial or federal election shall apply through his minister to the Lieutenant-Governor in Council for leave of absence without pay for a period,

- (a) not longer than that commencing on the day on which the writ for the election is issued and ending on polling day; and
- (b) not shorter than that commencing on the day provided by statute for the nomination of candidates and ending on polling day,

and every such application shall be granted.

(3) Where a Crown employee who is a candidate in a provincial or federal election is elected, he shall forthwith resign his position as a Crown employee.

(4) Where a Crown employee who has resigned under subsection 3,

- (a) ceases to be an elected political representative within five years of the resignation; and
- (b) applies for reappointment to his former position or to another position in the service of the Crown

exposer à des mesures disciplinaires conformément à *The Public Service Act*.

## II

**a** Les textes législatifs

*The Public Service Act* de l'Ontario vise, d'une manière générale, à réglementer l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Dans ce contexte général, il y a cinq dispositions qui interdisent aux fonctionnaires d'exercer certaines activités politiques. Ces dispositions sont les suivantes:

[TRADUCTION] **12.**—(1) Nul employé de Sa Majesté ne doit

- a**) se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales ni siéger en tant que député provincial ou fédéral; ni
- b**) solliciter des fonds pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat; ni
- c**) relier son poste dans la fonction publique à des activités politiques,
- d**) si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 2.

(2) Un employé de Sa Majesté, autre qu'un sous-ministre ou tout autre employé dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*), qui se propose de se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales doit, par l'intermédiaire de son ministre, adresser au lieutenant-gouverneur en conseil une demande de congé sans traitement

- g**) a) pour une durée maximale calculée à partir du jour de la délivrance du bref d'élection jusqu'au jour du scrutin; et
- b**) pour une durée minimale calculée à partir du jour prévu par la loi pour les mises en candidature jusqu'au jour du scrutin,

et toute demande à cet effet doit être accueillie.

(3) Lorsqu'un employé de Sa Majesté qui s'est porté candidat à des élections provinciales ou fédérales est élu, il doit immédiatement démissionner du poste qu'il occupe comme employé de Sa Majesté.

(4) L'employé de Sa Majesté qui a démissionné en vertu du paragraphe 3,

- a**) qui cesse d'être un député dans les cinq ans de sa démission; et
- b**) qui demande, dans les trois mois de la date où il cesse d'être député, d'être réintégré dans son

for which he is qualified within three months of ceasing to be an elected political representative,

he shall be reappointed to the position upon its next becoming vacant.

(5) Where a Crown employee has been granted leave of absence under subsection 2 and was not elected, or resigned his position under subsection 3 and was reappointed under subsection 4, the period of the leave of absence or resignation shall not be computed in determining the length of his service for any purpose, and the service before and after such period shall be deemed to be continuous for all purposes.

**13.**—(1) A civil servant shall not during a provincial or federal election canvass on behalf of a candidate in the election.

(2) Notwithstanding subsection 1, a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29 shall not at any time canvass on behalf of or otherwise actively work in support of a provincial or federal political party or candidate.

**14.** Except during a leave of absence granted under subsection 2 of section 12, a civil servant shall not at any time speak in public or express views in writing for distribution to the public on any matter that forms part of the platform of a provincial or federal political party.

**15.** A Crown employee shall not during working hours engage in any activity for or on behalf of a provincial or federal political party.

**16.** A contravention of section 11, 12, 13, 14 or 15 shall be deemed to be sufficient cause for dismissal.

Most of these prohibitions are qualified by leave of absence provisions. This case arose because the individual appellants either wanted to take part in some of the prohibited activities after working hours, or sought, and were refused, leaves of absence to engage in them.

### III

#### Procedural History

##### 1. *Supreme Court of Ontario*

A motion brought on behalf of the appellants before Labrosse J. for an order declaring unconstitutional ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act* was denied: (1979), 24 O.R. (2d) 324,

ancien poste ou d'être nommé à un autre poste dans la fonction publique pour lequel il est qualifié,

doit être réintégré dans son poste ou nommé à un autre dès qu'une vacance survient.

(5) Lorsqu'un employé de Sa Majesté a obtenu un congé en vertu du paragraphe 2 et qu'il ne s'est pas fait élire, ou lorsqu'il a démissionné de son poste en vertu du paragraphe 3 et qu'il a été réintégré dans ses fonctions en vertu du paragraphe 4, la période visée par le congé ou la démission n'est pas incluse dans la détermination de la durée de son ancienneté à quelque fin que ce soit, et la prestation de ses services avant et après cette période est réputée continue à toutes fins.

**13.**—(1) Nul fonctionnaire ne fera du démarchage pour un candidat à des élections provinciales ou fédérales.

(2) Nonobstant le paragraphe 1, un sous-ministre ou tout autre employé de Sa Majesté, dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*), ne doit à aucun moment faire du démarchage ou travailler activement pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat.

**14.** Un fonctionnaire ne doit à aucun moment prendre la parole en public ni exprimer des opinions écrites destinées à être diffusées auprès du public sur une question qui fait partie du programme d'un parti politique provincial ou fédéral, si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 12(2).

**15.** Nul employé de Sa Majesté ne doit pendant les heures de travail exercer une activité pour le compte d'un parti politique provincial ou fédéral.

**16.** Toute contravention aux articles 11, 12, 13, 14 ou 15 est réputée constituer une cause suffisante de renvoi.

La plupart de ces interdictions sont atténues par des dispositions en matière de congé. Ce litige a pris naissance soit parce que les appellants voulaient participer après les heures de travail à certaines activités prohibées, soit parce qu'ils n'ont pas obtenu les congés demandés pour les exercer.

### III

#### Historique des procédures

##### 1. *La Cour suprême de l'Ontario*

Une requête, présentée au nom des appellants devant le juge Labrosse, en vue d'obtenir une ordonnance déclarant inconstitutionnels les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, a été

98 D.L.R. (3d) 168. The motion was heard prior to the date on which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force and proceeded simply on distribution of powers grounds. The challenge to the Ontario law was that it could not limit in any way the activities of the appellants in a federal election because jurisdiction over federal elections rested exclusively with Parliament.

The position of the Attorney General for Ontario was that the entire law, including the prohibitions as applied to federal elections, was authorized by s. 92(1), (4) and (13) of the *Constitution Act, 1867* which provide:

**92.** In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

4. The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.

13. Property and Civil Rights in the Province.

It should be noted that s. 92(1) is now, with some modification of wording but not of substance, s. 45 of the *Constitution Act, 1982*.

At the hearing of the motion, Labrosse J. accepted that the Act, including prohibitions, was essentially a labour relations law and therefore valid under s. 92(13). He noted that the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment of the civil service. The impugned sections, therefore, were found to be, in pith and substance, enacted to govern public sector labour relations in the province. In so far as they affected political activities in federal elections, Labrosse J. said they

rejetée: (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. La requête a été entendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et était fondée simplement sur le partage des pouvoirs. On contestait la validité de la loi ontarienne en alléguant que celle-ci ne pouvait d'aucune manière restreindre les activités des appelants lors d'élections fédérales parce que les élections fédérales relevaient de la compétence exclusive du Parlement.

Le procureur général de l'Ontario a fait valoir que la Loi dans son ensemble, y compris les interdictions visant les élections fédérales, était autorisée par les par. 92(1), (4) et (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont voici le texte:

**92.** Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

4. la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

Il est à noter que le par. 92(1) est maintenant devenu, avec certaines modifications sur le plan de la forme, mais non sur celui du fond, l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Lors de l'audition de la requête, le juge Labrosse a accepté que la Loi, y compris les interdictions, était essentiellement une loi en matière de relations de travail et qu'elle était, par conséquent, valide en vertu du par. 92(13). Il a souligné que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. On a donc conclu que les dispositions attaquées visaient, de par leur caractère véritable, à régir les relations de travail dans le secteur public de la province. D'après le juge Labrosse, si elles touchaient aux activités politiques lors d'élections fédérales, ce n'était qu'accessoirement dans le cadre d'un régime légis-

did so incidentally, as part of a wider legislative scheme to regulate labour relations.

### *2. The Ontario Court of Appeal*

A unanimous three-judge panel of the Ontario Court of Appeal ((1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661) affirmed both Labrosse J.'s decision and the underlying rationale that provincial jurisdiction was grounded in s. 92(13). Although *The Public Service Act* includes restrictions on the federal political activities of employees, MacKinnon A.C.J.O., for the Court, found that the Act was essentially labour relations legislation and the prohibitions were conditions of employment designed to preserve the impartiality of the public service. As such, the Act, including the prohibitions, fell within provincial jurisdiction over property and civil rights.

MacKinnon A.C.J.O. included an overview of the constitutional significance of the political impartiality of the public service which he held to be crucial to the viability of a system of responsible government in Canada. He asserted that the public has a right to an impartial public service. *The Public Service Act* was intended to protect the civil rights of Ontario residents and was accordingly valid in a second sense under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

Finally, although he did not decide the point, because of his conclusions about s. 92(13), MacKinnon A.C.J.O. said there was "considerable force" in the Attorney General's arguments based on s. 92(1) and (4) of the *Constitution Act, 1867*.

### *3. The Supreme Court of Canada*

Leave to appeal was granted by this Court. The following are constitutional questions as stated by Laskin C.J. and as revised and supplemented by Dickson C.J.:

1. Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Ser-

latif plus large destiné à réglementer les relations de travail.

### *2. La Cour d'appel de l'Ontario*

<sup>a</sup> Une formation de trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario ((1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661) a confirmé à l'unanimité à la fois la décision du juge Labrosse et le raisonnement sous-jacent selon lequel la compétence provinciale reposait sur le par. 92(13). Quoique *The Public Service Act* impose des restrictions aux activités politiques fédérales des employés de Sa Majesté, le juge en chef adjoint MacKinnon a conclu, au nom <sup>b</sup> de la Cour d'appel, que la Loi portait essentiellement sur les relations de travail et que les interdictions étaient des conditions de travail conçues pour assurer l'impartialité de la fonction publique. Dans cette optique, la Loi, y compris les interdictions, <sup>c</sup> relevait de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils.

<sup>d</sup> Le juge en chef adjoint MacKinnon a donné en outre un aperçu de l'importance constitutionnelle <sup>e</sup> de l'impartialité de la fonction publique sur le plan politique, impartialité qu'il a jugée essentielle à l'existence d'un régime de gouvernement responsable au Canada. Il a affirmé que le public a droit à une fonction publique impartiale. *The Public Service Act* est destinée à protéger les droits civils des résidents de l'Ontario et elle est donc justifiée dans un second sens par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

<sup>f</sup> Enfin, bien qu'il n'ait pas tranché ce point en raison de ses conclusions relatives au par. 92(13), le juge en chef adjoint MacKinnon a dit que les arguments du procureur général fondés sur les par. 92(1) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* avaient un [TRADUCTION] «poids considérable».

### *3. La Cour suprême du Canada*

<sup>i</sup> Le présent pourvoi a été formé avec l'autorisation de cette Cour. Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le juge en chef Laskin et qui ont été révisées et complétées par le juge en chef Dickson:

<sup>j</sup> 1. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au

vants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

2. Do ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal and provincial political activity?

3. If ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny ss. 2 and 3, and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

At the start of the hearing of the appeal before this Court, a preliminary issue was raised concerning the hearing of argument on *Charter* issues. It was contended by the Attorney General for Ontario, supported by several intervening Attorneys General, that the Court should not address the *Charter* issues because all of the activities in the case were pre-*Charter* and neither of the Ontario courts had heard *Charter* arguments. After argument, the Court decided (Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ. dissenting) that the Court would not hear or decide the *Charter* issues. In the result, the case proceeded on submissions based upon the distribution of legislative powers and a hastily constructed argument relying upon certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

#### IV

#### The Distribution of Powers

The first step in any distribution of powers case is to characterize the law in question. This is not the ultimate legal step; it is not to classify the law as coming under one of the heads of s. 91 or s. 92.

niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

2. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques aux niveaux fédéral et provincial, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications portent atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Au début de l'audience en cette Cour, on a soulevé une question préliminaire concernant la présentation d'arguments portant sur des questions relatives à la *Charte*. Le procureur général de l'Ontario, appuyé par plusieurs procureurs généraux intervenants, a soutenu que la Cour ne devrait pas aborder les questions relatives à la *Charte* parce que toutes les activités en cause étaient antérieures à la *Charte* et que ni l'un ni l'autre tribunal ontarien n'avait entendu des arguments fondés sur la *Charte*. Après que ce point eut été débattu, la Cour a décidé (le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain étant dissidents) qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions relatives à la *Charte*. En définitive, l'affaire a été entendue en fonction d'arguments fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que d'un argument de dernière minute fondé sur certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

#### i

#### IV

#### Le partage des pouvoirs

La première étape dans n'importe quelle affaire de partage des pouvoirs consiste à qualifier la loi en cause. Ce n'est pas là l'étape juridique ultime; il n'est pas question de classer ladite loi sous l'une

It is simply a preliminary step, namely to identify and describe the dominant features, the essential coverage, of the law. The Act with which we are here concerned is, as mentioned above, directed to the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment in the public service. In essence it governs the establishment, functions, responsibilities and employment relationships of the Ontario Public Service.

In light of this description, it can be seen that the Act, viewed in its entirety, is easily and explicitly authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* which gives the provinces jurisdiction over "the establishment and tenure of provincial offices and the appointment and payment of provincial officers". Additionally, since *The Public Service Act* deals with many of the traditional components of an employer-employee relationship and since labour relations has long been a subject matter generally within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* (see *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, and many subsequent cases), it follows that *The Public Service Act* is within provincial property and civil rights jurisdiction. Because the Act as a whole is clearly valid under both s. 92(4) and (13), I see no reason to embark upon a consideration of s. 92(1). I am reinforced in this conclusion by the difficulty of assigning a precise content to the concept of "a provincial constitution".

But what of the specific prohibitions against political activity in ss. 12-16 of *The Public Service Act*? Does the constitutional authority for the Act, viewed as a whole, extend to the prohibitions? In light of the overall labour relations thrust of *The Public Service Act* it is reasonable to characterize ss. 12-16 of the Act as being also labour relations provisions. The prohibitions against certain types of political activity are essentially terms and conditions of employment and can be supported, therefore, under s. 92(13). Similarly, these prohibitions

des rubriques de l'art. 91 ou de l'art. 92. Il s'agit simplement d'une étape préliminaire, savoir l'identification et la description des caractéristiques dominantes de la loi en question et de ce qu'elle vise essentiellement. Or, la Loi présentement en cause a pour objet, comme je l'ai déjà mentionné, de réglementer, d'une manière générale, l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Elle porte essentiellement sur la création, le rôle et les responsabilités de la fonction publique de l'Ontario, ainsi que sur les relations de travail au sein de cet organisme.

Compte tenu de cette description, il est facile de constater que la Loi dans son ensemble est explicitement autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui attribue aux provinces la compétence concernant «la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux». De plus, puisque *The Public Service Act* traite d'un bon nombre d'éléments traditionnels des rapports employeur-employé et puisque les relations de travail constituent depuis longtemps une matière qui est généralement du ressort des provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, et de nombreux arrêts subséquents), il s'ensuit que *The Public Service Act* relève de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Étant donné que la Loi dans son ensemble est nettement valide en vertu des par. 92(4) et (13), je ne vois aucune raison d'entreprendre un examen du par. 92(1). Je suis renforcé dans cette conclusion par la difficulté que pose l'attribution d'un sens précis à la notion de «constitution provinciale».

Mais que dire des interdictions expresses d'exercer des activités politiques, que l'on trouve aux art. 12 à 16 de *The Public Service Act*? La constitutionnalité de la Loi dans son ensemble s'applique-t-elle aux interdictions? Puisque *The Public Service Act* vise globalement les relations de travail, il est raisonnable de qualifier les art. 12 à 16 de la Loi comme étant également des dispositions en matière de relations de travail. Les prohibitions visant certains types d'activités politiques constituent essentiellement des conditions de travail et

are terms and conditions of public employment. As such, they are clearly enacted in relation to the establishment and tenure of provincial offices and are therefore valid under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*.

The appellants, as I understand their position, do not really deny these conclusions as a matter of general distribution of powers analysis. They do, however, deny the conclusions on two other bases: first, that the prohibitions against political activity by provincial public servants in federal elections are outside the scope of provincial s. 92 jurisdiction; secondly, that the prohibitions are overbroad. It is to these two arguments that I now turn.

### *1. The Appellants' Federalism Arguments*

The crux of the appellants' federalism position is that *The Public Service Act*, admittedly valid in most respects, cannot prohibit the political activities of Ontario public servants in federal elections because:

- (1) federal elections are within the exclusive domain of Parliament, and
- (2) such a law does not meet the "in the province" limitation on the various heads in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

The appellants buttress these arguments by reference to the principle of interjurisdictional immunity and to this Court's decision in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798.

#### *(a) Interjurisdictional Immunity*

The appellants' first argument is based on the principle of interjurisdictional immunity which posits that legislation enacted by one order of government cannot interfere with, or have an impact on, subject matters under the jurisdiction of the other order of government. The doctrine had its origins in the so-called "company law cases"

peuvent donc être justifiées en vertu du par. 92(13). De même, ces prohibitions sont des conditions de travail dans le secteur public. Il est évident qu'à ce titre elles ont été adoptées relativement à la création et à la durée de charges provinciales et qu'elles sont donc valides en vertu du par. 92(4) de *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les appellants, si je comprends bien leur position, ne contestent pas vraiment l'exactitude de ces conclusions sur le plan de l'analyse du partage général des pouvoirs. Ils les repoussent toutefois pour deux autres motifs: premièrement, pour le motif que l'interdiction qui est faite aux fonctionnaires provinciaux d'exercer des activités politiques lors d'élections fédérales outrepasse la compétence que l'art. 92 confère aux provinces; deuxièmement, pour le motif que les interdictions sont de portée trop large. Ce sont ces deux moyens que je vais maintenant aborder.

#### *1. Les arguments des appelants fondés sur le fédéralisme*

Le point capital de la thèse des appellants fondée sur le fédéralisme est que *The Public Service Act*, dont ils reconnaissent la validité générale, ne peut pas interdire aux fonctionnaires publics de l'Ontario d'exercer des activités politiques lors d'élections fédérales:

- (1) parce que les élections fédérales relèvent de la compétence exclusive du Parlement, et
- (2) parce qu'une telle loi ne respecte pas la limite dite «dans la province» dont sont assortis les divers chefs de compétence de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les appels invoquent à l'appui de ces arguments le principe de l'exclusivité des compétences ainsi que larrêt de cette Cour *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

#### *a) L'exclusivité des compétences*

Le premier argument des appels repose sur le principe de l'exclusivité des compétences suivant lequel une loi adoptée par un palier de gouvernement ne saurait empiéter ou avoir des répercussions sur des matières qui relèvent de la compétence de l'autre palier de gouvernement. Ce principe tire son origine de ce qu'on appelle les

where it was held that provincial laws could not sterilize or impair the status or essential powers of a federally incorporated company. See *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (Manitoba Securities Case)*, [1929] A.C. 260.

[TRADUCTION] «affaires en matière de droit des compagnies» dans lesquelles on a conclu que des lois provinciales ne pouvaient venir neutraliser ou diminuer le statut ou les pouvoirs essentiels d'une <sup>a</sup> société à charte fédérale. Voir *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (l'affaire des valeurs mobilières du Manitoba)*, [1929] A.C. 260.

After its initial development in the company cases, the doctrine expanded and had its greatest success in the context of the application of provincial laws to federal works and undertakings. The doctrine came to stand for the proposition that a provincial law could not affect a vital part of the management and operation of a federal undertaking. See, for example, *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] S.C.R. 767. This formulation of the doctrine is important for two reasons. First, it extended the doctrine into new and important areas. "Federally incorporated companies" is not a particularly large field; "federal works and undertakings" is. Secondly, by using the terminology of "affecting a vital part" rather than the earlier phrasing of "sterilization" or "impairment", the Court perhaps signalled a broader reach for the doctrine.

<sup>c</sup> Après avoir été formulé dans les affaires de droit des compagnies, le principe a connu un élargissement de sa portée et a remporté son plus grand succès dans le contexte de l'application de lois provinciales relatives aux ouvrages et entreprises de nature fédérale. Le principe en est venu à porter qu'une loi provinciale ne pouvait <sup>b</sup> toucher une partie essentielle de la gestion et de l'exploitation d'une entreprise fédérale. Voir, par exemple, *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767. Cette formulation du principe est importante pour deux raisons. <sup>e</sup> D'abord, elle permet d'appliquer le principe à des domaines nouveaux et importants. Le domaine des «sociétés à charte fédérale» n'est pas particulièrement vaste, alors que c'est tout le contraire dans le cas des «ouvrages et entreprises de nature fédérale». <sup>f</sup> Deuxièmement, en employant l'expression «toucher une partie essentielle» plutôt que les termes «neutraliser» ou «diminuer» utilisés antérieurement, la Cour a peut-être reconnu au principe une portée plus large.

However, even though the doctrine of interjurisdictional immunity has arguably expanded since its company law origins, it is, in my opinion, not a particularly compelling doctrine. Professor Hogg has offered two strong reasons to doubt its value (*Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 331). The first, doctrinal, reason is:

<sup>h</sup> Toutefois, bien qu'on puisse prétendre que la portée du principe de l'exclusivité des compétences s'est élargie depuis qu'il est apparu dans le domaine du droit des compagnies, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un principe particulièrement impérieux. Le professeur Hogg énonce deux raisons sérieuses de douter de sa valeur (*Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 331). La première, fondée sur la doctrine, est la suivante:

The theory behind the results [in the cases in which the doctrine has been applied] appears to be that federal heads of power not only confer power on the federal Parliament, but also operate "defensively" to deny power to the provincial Legislatures. In my view, this theory is inconsistent with the basic pith and substance doctrine—that a law "in relation to" a provincial matter

[TRADUCTION] La théorie qui sous-tend les résultats [obtenus dans les cas où le principe a été appliqué] semble être que les chefs de compétence fédérale n'ont pas seulement pour effet de conférer des pouvoirs au Parlement, mais ils s'appliquent aussi «défensivement» de manière à refuser ces pouvoirs aux législatures provinciales. À mon avis, cette théorie est incompatible avec

may validly "affect" a federal matter. And, indeed, for every case asserting an interjurisdictional immunity there are dozens which deny such an immunity by application of the pith and substance doctrine.

The second, policy, reason is:

From a policy standpoint, the immunity of federal undertakings seems unnecessary, because the federal Parliament can, if it chooses, easily protect undertakings within federal jurisdiction from the operation of provincial laws by enacting appropriate laws which will be paramount over conflicting provincial laws.

I favour both of these arguments of caution about the scope of the interjurisdictional immunity doctrine. The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers. It is true that doctrines like interjurisdictional and Crown immunity and concepts like "watertight compartments" qualify the extent of that interplay. But it must be recognized that these doctrines and concepts have not been the dominant tide of constitutional doctrines; rather they have been an undertow against the strong pull of pith and substance, the aspect doctrine and, in recent years, a very restrained approach to concurrency and paramountcy issues. See, for example, *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. In light of these decisions, I am not prepared to extend the doctrine of interjurisdictional immunity into a field—federal elections—which is unrelated to either the company law cases or the federal under-

le principe fondamental du caractère véritable, suivant lequel une loi «relative à» une matière provinciale peut régulièrement «toucher» une matière fédérale. En fait, pour chaque affaire où l'on revendique l'exclusivité des compétences, il y en des douzaines qui, par l'application du principe du caractère véritable, nient l'existence d'une telle exclusivité.

La seconde raison, qui en est une de politique générale, est la suivante:

[TRADUCTION] Sur le plan de la politique générale, l'exclusivité relative aux entreprises fédérales paraît superflue parce que le législateur fédéral peut, s'il le veut, facilement protéger les entreprises relevant de la compétence fédérale contre l'application de lois provinciales en adoptant des lois appropriées qui auront prépondérance sur les lois provinciales incompatibles.

J'approuve chacun de ces arguments de prudence vis-à-vis de la portée du principe de l'exclusivité des compétences. Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des «compartiments étanches» restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. Voir, par exemple, *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Compte tenu de ces arrêts, je ne suis pas prêt à appliquer le principe de l'exclusivité des compétences à un domaine, celui des élections fédérales, qui n'a rien à voir avec les affaires en matière de droit des

takings cases, the two historical roots of the doctrine.

Furthermore, as Professor Hogg implies, the federal Parliament always has a powerful weapon—its own legislation. If Parliament does not approve of the application of a provincial law to a matter within federal jurisdiction it can easily legislate to prevent the unwanted application. In the present case, the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, deals with permitted and prohibited activities in federal elections. Some of the provisions of that Act relate to various kinds of disqualification from certain political activities. If Parliament wanted to defend against the prohibitions contained in ss. 12-16 of the *Ontario Public Service Act* it could do so. It hasn't. Indeed, it has done the opposite. By prohibiting federal public servants from engaging in certain activities during provincial elections, Parliament has indicated that it shares the approach (and the view on legality) of the Ontario legislature. It may be worth adding that most provincial legislatures have enacted legislation limiting the political activity of public servants in both federal and provincial elections.

I think it is important to note, and attach some significance to, not only the similar federal legislation but also the fact that the federal government intervened in this appeal to support the Ontario law. The distribution of powers provisions contained in the *Constitution Act, 1867* do not have as their exclusive addressees the federal and provincial governments. They set boundaries that are of interest to, and can be relied upon by, all Canadians. Accordingly, the fact of federal-provincial agreement on a particular boundary between their jurisdictions is not conclusive of the demarcation of that boundary. Nevertheless, in my opinion the Court should be particularly cautious about invalidating a provincial law when the federal government does not contest its validity or, as in this case, actually intervenes to support it and has

compagnies ni avec celles portant sur les entreprises fédérales, les deux sources historiques du principe.

De plus, comme le laisse entendre le professeur Hogg, le législateur fédéral dispose toujours d'une arme puissante, savoir ses propres lois. Si le Parlement n'approuve pas l'application d'une loi provinciale à une matière qui relève de la compétence fédérale, il peut facilement légiférer pour empêcher cette application non souhaitée. En l'espèce, la *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> supp.), chap. 14, porte sur les activités qui sont permises et sur celles qui sont défendues lors d'élections fédérales. Des dispositions de cette loi traitent de différents types d'exclusion de certaines activités politiques. Si le Parlement avait voulu parer aux interdictions imposées aux art. 12 à 16 de *The Public Service Act* de l'Ontario, il aurait pu le faire. Or, il ne l'a pas fait. En réalité, il a fait le contraire. En interdisant aux fonctionnaires fédéraux d'exercer certaines activités pendant des élections provinciales, le Parlement a indiqué qu'il partage l'attitude (ainsi que l'opinion sur ce qui est légal) de la législature de l'Ontario. Il peut valoir la peine d'ajouter que la plupart des législatures provinciales ont adopté des dispositions limitant les activités politiques des fonctionnaires tant dans le cadre d'élections fédérales que dans celui d'élections provinciales.

Selon moi, un point qu'il convient de souligner et auquel il faut attacher une certaine importance est non seulement l'existence d'une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s'adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquelles ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s'entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs n'est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J'estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une

enacted legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario.

(b) *McKay v. The Queen*

The appellants, however, support their argument with strong reliance on an important and factually relevant case, *McKay v. The Queen*. In *McKay* the Court held, by a majority of five-four, that a municipal by-law prohibiting the display of signs on residential property was inapplicable to federal election signs. In other words, the Court read down the law so that it would not apply in an impermissible context. The gist of the majority judgment, written by Cartwright J., was that the subject matter of federal elections was within the exclusive jurisdiction of Parliament and that a provincial law could not interfere in any way with this subject matter. He said, at p. 804:

I cannot think that it was the intention of the Council to so enact or that it was the intention of the Legislature to empower it to do so. Such an enactment would, in my opinion, be *ultra vires* of the provincial legislature. The power of the legislature to enact such a law, if it exists, must be found in s. 92 of the *British North America Act*. It is argued for the respondent that it falls within head 13, "Property and Civil Rights in the Province." Whether or not the right of an elector at a federal election to seek by lawful means to influence his fellow electors to vote for the candidate of his choice is aptly described as a civil right need not be discussed; it is clearly not a civil right in the province. It is a right enjoyed by the elector not as a resident of Ontario but as a citizen of Canada.

The appellants contend that the current appeal raises a virtually identical issue. They say that the Ontario law prohibits certain types of participation in federal elections and that, on the authority of *McKay*, such restrictions are unconstitutional.

loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n'en conteste pas la validité ou, comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'il va même jusqu'à intervenir pour appuyer cette loi et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario.

b) *McKay v. The Queen*

Toutefois, les appellants s'appuient fortement, dans leur argumentation, sur un arrêt important dont les faits sont pertinents en l'espèce. Il s'agit de l'arrêt *McKay v. The Queen*. Dans l'arrêt *McKay*, la Cour a conclu, à la majorité de cinq contre quatre, qu'un règlement municipal interdisant l'installation d'enseignes sur les propriétés résidentielles ne s'appliquait pas aux pancartes placées dans le cadre d'une élection fédérale. En d'autres termes, la Cour a donné à la loi une interprétation atténuée de manière qu'elle ne s'applique pas dans un contexte où son application n'était pas acceptable. Le jugement de la Cour à la majorité, rédigé par le juge Cartwright, porte en substance que les élections fédérales constituent un chef de compétence fédérale exclusif sur lequel une loi provinciale ne peut empiéter daucune manière. Le juge Cartwright affirme, à la p. 804:

f [TRADUCTION] Je ne puis croire que le conseil ait voulu légiférer dans ce sens ni que la législature ait eu l'intention de l'habiliter à le faire. À mon avis, un tel texte législatif outrepasserait la compétence de la législature provinciale. Le pouvoir de la législature d'adopter une pareille loi, à supposer qu'il existe, doit se trouver à l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.  
g On soutient pour le compte de l'intimée qu'il se situe sous la rubrique 13, savoir «la propriété et les droits civils dans la province». Il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si le droit d'un électeur, lors d'une élection fédérale, de chercher par des moyens légaux à inciter les autres électeurs à voter pour le candidat qu'il a choisi peut à juste titre se décrire comme un droit civil; ce n'est manifestement pas un droit civil dans la province. Il s'agit d'un droit dont jouissent les électeurs non pas en tant que résidents de l'Ontario mais en tant que citoyens canadiens.  
h i

Les appellants soutiennent que le présent pourvoi soulève une question quasi identique. Ils affirment que la loi ontarienne interdit certains types de participation à des élections fédérales et que, suivant l'arrêt *MacKay*, ces restrictions sont inconstitutionnelles.

The respondent seeks to distinguish *McKay* by relying on MacKinnon A.C.J.O.'s judgment in this case in the Court of Appeal at pp. 334-35 (O.R.):

It is interesting to note that the majority does not say, presumably because the by-law itself was not under attack, what was the pith and substance of the by-law. Further, the Court there was concerned with a *quasi-criminal* offence under the general by-law. In the instant case the Act creates no offence; it is a matter of possible dismissal from the civil service. There was, in other words, an absolute prohibition in the *McKay* case; in the instant case if the individual were not prepared to accept the limitations of employment imposed upon him, he could seek a leave of absence or leave his job. I can only repeat that I view the legislation here under attack as legislation with relation to labour relations in the province and I do not think that the *McKay* case is of assistance on the facts of this case.

The intervenor Attorney General of Canada suggests a different line of distinction between *McKay* and this case (paragraph 6 of its factum):

... in *McKay* ... the effect of the municipal by-law was to proscribe *indiscriminately* the exercise of a right generally enjoyed by citizens of Canada. There was no proper nexus between the purpose of the by-law and its alleged "incidental" effect on property owners. In the present case, however, it is submitted that the special relationship of public servants to government provides the link between control over labour relations and the regulation of partisan political activity. [Emphasis in original.]

With great respect, I am not persuaded by attempts to distinguish *McKay*. First, I fail to see the significance, in a federalism sense, between prohibition and curtailment. The distinction suggested by the Attorney General of Canada is perhaps stronger. The purpose of the by-law in *McKay* was undoubtedly esthetic—to ensure that lawns were not cluttered with signs, especially (one presumes) commercial signs. Federal election signs, which would be erected only every three or four years and only for several weeks, do not really fit within that esthetic purpose. There is, in other words, arguably a lack of a nexus between the

L'intimé essaie de faire une distinction d'avec l'arrêt *MacKay* en invoquant les motifs rédigés en l'espèce par le juge en chef adjoint MacKinnon de la Cour d'appel, aux pp. 334 et 335 (O.R.):

- <sup>a</sup> [TRADUCTION] Il est intéressant de noter que la cour à la majorité ne précise pas, vraisemblablement parce que le règlement lui-même n'était pas contesté, le caractère véritable de celui-ci. De plus, dans cette affaire, la cour se trouvait en présence d'une infraction quasi criminelle prévue par le règlement général. En l'espèce, par contre, la Loi ne crée pas d'infraction; il est plutôt question de la possibilité de renvoi de la fonction publique. Autrement dit, il y avait dans l'affaire *McKay* une prohibition absolue tandis qu'en l'espèce, si la personne n'était pas prête à accepter les restrictions que lui imposait son emploi, elle pouvait demander un congé ou encore démissionner. Je ne peux que répéter que, selon moi, la mesure législative attaquée en l'espèce porte sur les relations de travail dans la province et, compte tenu des faits de la présente affaire, je ne crois pas que l'arrêt *McKay* nous soit d'une quelconque utilité.

L'intervenant le procureur général du Canada propose un fondement différent pour établir une distinction entre l'arrêt *McKay* et la présente affaire (paragraphe 6 de son mémoire):

- [TRADUCTION] ... dans l'affaire *McKay* [...] le règlement municipal avait pour effet de prohiber *indistinctement* l'exercice d'un droit dont jouissent généralement les citoyens du Canada. Il n'existe pas de lien suffisant entre l'objet du règlement et l'effet «secondaire» qu'on lui reprochait d'avoir sur les propriétaires fonciers. En l'espèce, cependant, on prétend que le rapport spécial qui existe entre les fonctionnaires et le gouvernement fournit le lien entre le contrôle des relations de travail et la réglementation des activités reliées à la politique partisane. [En italique dans l'original.]

- Avec égards, je trouve peu convaincantes les tentatives de faire une distinction d'avec l'arrêt *McKay*. Tout d'abord, l'importance sur le plan du fédéralisme entre une interdiction et une restriction m'échappe. La distinction que propose le procureur général du Canada a peut-être plus de poids. Le règlement en cause dans l'affaire *McKay* visait incontestablement un but esthétique, soit assurer que les pelouses ne soient pas encombrées d'enseignes, surtout (on le suppose) d'enseignes commerciales. Des pancartes relatives à des élections fédérales, qui ne seraient posées qu'à tous les trois ou quatre ans et pendant quelques semaines

purpose of the by-law and its application to federal election signs.

Nevertheless, although it is maybe possible logically to distinguish *McKay*, my own view is that it was wrongly decided. I agree with Martland J.'s dissent (for four judges) to the effect that the by-law was in relation to property, that it was of general application and that it could permissibly have an incidental effect on certain activities in a federal election campaign. I also agree with Professor Hogg's critique of *McKay* (pp. 328-29 and 332):

It must be recalled that the "pith and substance" doctrine, exemplified by *Bank of Toronto v. Lambe*, is that a law which is in relation to a matter within jurisdiction . . . is not objectionable just because it affects a matter outside jurisdiction . . . Surely, therefore, the minority in *McKay* were right in upholding the impugned by-law, even in its application to federal election signs. Certainly, the majority did not explain why the pith and substance doctrine should not apply. Indeed, less than two years earlier, in the *Oil Chemical Workers* case (1963), the Supreme Court of Canada had decided, by a majority of four to three, that a provincial labour law could validly prohibit union donations to political parties (federal as well as provincial) of funds obtained by compulsory deduction from workers' pay. Obviously, a prohibition of union contribution has a more serious, and more biased, impact on the federal electoral process than a prohibition of residential lawn signs; and yet the prohibition of union contributions was upheld as a valid incident of a labour relations law.

... I welcome the tendency in the latest cases in the Supreme Court of Canada to limit interjurisdictional immunity by liberal application of the pith and substance doctrine. In *A.-G. Que. v. Kellogg's of Canada* (1978), a provincial law prohibiting cartoon-style adver-

seulement, ne relèvent pas vraiment de ce but esthétique. En d'autres termes, on peut prétendre qu'il n'existe pas de lien entre l'objet du règlement et son application aux pancartes installées dans le cadre d'une élection fédérale.

Néanmoins, bien qu'il puisse être logiquement possible de faire une distinction d'avec l'arrêt *McKay*, j'estime personnellement qu'il s'agit d'un arrêt erroné. Je suis d'accord avec les motifs de dissidence du juge Martland (qui s'est exprimé au nom de quatre juges), selon lesquels le règlement portait sur la propriété, avait une application générale et pouvait légitimement avoir un effet secondaire sur certaines activités d'une campagne électorale fédérale. Je suis en outre d'accord avec ce que dit le professeur Hogg dans sa critique de l'arrêt *McKay* (aux pp. 328, 329 et 332):

- d* [TRADUCTION] Il faut se rappeler que le principe du «caractère véritable», dont la décision *Bank of Toronto v. Lambe* constitue une illustration, veut qu'une loi relative à une matière qui relève de la compétence du législateur [...] ne soit pas critiquable du simple fait qu'elle touche une matière en dehors de la compétence du législateur [...] Il ne fait donc pas de doute que la Cour à la minorité dans l'affaire *McKay* a eu raison de conclure à la validité du règlement attaqué, même dans la mesure où il s'appliquait aux pancartes installées dans le cadre d'élections fédérales. La Cour à la majorité n'a certainement pas expliqué pourquoi le principe du caractère véritable ne devrait pas s'appliquer. En fait, moins de deux ans auparavant, dans l'arrêt *Oil Chemical Workers* (1963), la Cour suprême du Canada avait décidé, à la majorité de quatre contre trois, qu'une loi provinciale en matière de relations de travail pouvait valablement empêcher les syndicats de faire des dons à des partis politiques (tant fédéraux que provinciaux) à même les fonds obtenus par précompte obligatoire sur le salaire des travailleurs. Évidemment, l'interdiction des contributions syndicales a un effet plus grave et plus tendancieux sur le processus électoral fédéral qu'une interdiction d'installer des pancartes sur les pelouses de quartiers résidentiels; et pourtant cette interdiction des contributions syndicales a été jugée un élément accessoire valable d'une loi régissant les relations de travail.
- h*
- i*

... je me réjouis de la tendance, manifestée dans les arrêts les plus récents de la Cour suprême du Canada, à limiter la portée du principe de l'exclusivité des compétences par une application libérale du principe du caractère véritable. Dans l'arrêt *P.G. Qué. c. Kellogg's of*

tising directed at children was held to be applicable to advertising on television (a federally-regulated medium). In *Construction Montcalm v. Minimum Wage Commission* (1978), a provincial minimum wage law was held to be applicable to a contractor building a runway for an airport (a federal undertaking) on federal Crown land. In *Four B Manufacturing v. United Garment Workers* (1979), a provincial labour relations law was held to be applicable to a business owned by Indians on an Indian reserve. In each case, Laskin C.J. in dissent asserted immunity from the provincial law, but Martland J. for the majority in *Kellogg's* and Beetz J. for the majority in *Construction Montcalm* and *Four B*, finding that the pith and substance of the law was a matter within provincial jurisdiction (that was not controversial, of course), held that the law could also validly affect the federal matter to which it purported to apply. In the light of these decisions, it seems unlikely that the *McKay* case would be decided the same way today.

*Canada* (1978), on a décidé qu'une loi provinciale interdisant la publicité sous forme de dessins animés destinée aux enfants était applicable à la publicité faite à la télévision (un média réglementé par le fédéral). Dans l'arrêt *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum* (1978), une loi provinciale sur le salaire minimum a été jugée applicable à un entrepreneur qui construisait une piste d'atterrissement pour un aéroport (une entreprise fédérale) sur des terres appartenant au gouvernement fédéral. Dans l'arrêt *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement* (1979), une loi provinciale en matière de relations de travail a été jugée applicable à une entreprise appartenant à des Indiens et située sur une réserve indienne. Dans chaque cas, le juge en chef Laskin a rédigé des motifs de dissidence dans lesquels il affirmait l'existence d'une immunité contre l'application de la loi provinciale, mais le juge Martland, au nom de la cour à la majorité dans l'arrêt *Kellogg's*, et le juge Beetz, au nom de la Cour à la majorité dans les arrêts *Construction Montcalm* et *Four B*, ont conclu que les lois en cause, de par leur caractère véritable, relevaient de la compétence provinciale (ce qui n'était évidemment pas controversé) et ont décidé que lesdites lois pouvaient aussi valablement toucher la matière fédérale à laquelle elles s'appliquaient apparemment. Compte tenu de ces arrêts, il semble peu probable que l'affaire *McKay* serait tranchée de la même façon aujourd'hui.

I agree with this analysis. As Professor Hogg asserts, *McKay* is difficult to reconcile with the Court's decision in a very similar case, *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584. Moreover, it does not sit well with a leading decision by the Ontario Court of Appeal in an analogous case, *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, where it was held that federal jurisdiction over broadcasting supported a federal law regulating radio advertising during both federal and provincial elections. *McKay* is also out of step with the doctrinal path marked out by this Court in such cases as *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, *supra*, and *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, *supra*. I would overrule *McKay*. Accordingly, the appellants' strong reliance on *McKay* does not bear fruit.

*f* Je souscris à cette analyse. Comme l'affirme le professeur Hogg, l'arrêt *McKay* est difficilement conciliable avec l'arrêt rendu par cette Cour dans une affaire très semblable, *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584. De plus, il s'accorde mal avec un arrêt de principe rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans une affaire analogue, *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, où l'on a conclu que la compétence fédérale en matière de radiodiffusion justifiait une loi fédérale réglementant la publicité radiophonique au cours d'élections tant fédérales que provinciales. L'arrêt *McKay* s'écarte en outre de la voie tracée sur le plan des principes par cette Cour dans des arrêts comme *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada* et *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, précités. Je suis donc d'avis de rejeter l'arrêt *McKay*. Par conséquent, c'est en vain que les appellants ont insisté sur l'arrêt *McKay*.

## 2. Overbreadth

The appellants also argued that the prohibitions were overbroad for two reasons. First, they apply to all civil servants, or in some instances to all Crown employees, without distinguishing between the types of jobs employees perform. Second, they cover too wide a range of political activities. During argument, counsel was asked whether he could cite any case in which the overbreadth or overreach argument had been given effect in a distribution of powers situation. The answer was in the negative. In my view, overreach in the sense here used is simply not arguable in a distribution of powers case. It might be noted in passing that the judgment of the Ontario Court of Appeal is silent on the overreach point although it was apparently argued in that Court.

## V

### The Fraser Argument

At paragraph 75 of their factum, the appellants argued that:

... Canadian constitutional jurisprudence recognizes the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens of this country to participate in federal political activities. No province has the power to reduce or to derogate from these rights and freedoms.

This is the entire written argument of the appellants on this point, which is not surprising because the appellants had expected to make their civil liberties arguments in a *Charter* context. Once the Court decided, at the beginning of the oral hearing, not to hear *Charter* arguments, the appellants were forced to ground their civil liberties submission in an alternative approach.

In oral argument, primary reliance was placed upon a passage from this Court's unanimous judgment in *Fraser*, at pp. 462-63:

... "freedom of speech" is a deep-rooted value in our democratic system of government. It is a principle of our common law constitution inherited from the United

## 2. La portée trop large

Les appellants ont soutenu également que, pour deux raisons, les interdictions étaient de portée trop large. En premier lieu, elles s'appliquent à tous les fonctionnaires ou, dans certains cas, à tous les employés de Sa Majesté, sans distinguer entre les types d'emplois qu'ils occupent. En second lieu, elles visent une gamme trop large d'activités politiques. Au cours des débats, on a demandé à l'avocat s'il pouvait citer une cause dans laquelle l'argument de la portée trop large avait été retenu relativement au partage des pouvoirs. Il a répondu par la négative. A mon avis, la portée trop large au sens où on l'entend ici n'est simplement pas plaidable dans une affaire ayant trait au partage des pouvoirs. On pourrait faire remarquer en passant que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ne dit rien au sujet de l'argument relatif à la portée trop large, bien que ce point ait apparemment été plaidé devant cette cour.

## V

### L'argument fondé sur l'arrêt *Fraser*

Au paragraphe 75 de leur mémoire, les appellants font valoir que:

[TRADUCTION] ... la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle reconnaît l'existence de certains droits et libertés politiques fondamentaux qui permettent aux citoyens de ce pays de participer aux activités politiques fédérales. Aucune province n'a le pouvoir de restreindre ces droits et libertés ni d'y déroger.

Voilà à quoi se réduit toute l'argumentation écrite des appellants sur ce point. Cela n'est guère surprenant puisque les appellants s'étaient attendus à présenter leurs arguments relatifs aux libertés civiles dans le contexte de la *Charte*. Après que la Cour eut décidé, au début des plaidoiries, de ne pas entendre d'arguments fondés sur la *Charte*, les appellants se voyaient dans la nécessité de trouver un autre fondement à l'argumentation relative aux libertés civiles.

Au cours des plaidoiries, on a invoqué principalement un extrait de l'arrêt unanime rendu par cette Cour dans l'affaire *Fraser*, aux pp. 462 et 463:

... la «liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de

Kingdom by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

This principle was recently reaffirmed in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J., speaking for a unanimous Court, held at p. 584:

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status.

Both of these passages manifest a clear recognition that freedom of speech and expression is a fundamental animating value in the Canadian constitutional system.

It must not be forgotten, however, that no single value, no matter how exalted, can bear the full burden of upholding a democratic system of government. Underlying our constitutional system are a number of important values, all of which help to guarantee our liberties, but in ways which may sometimes conflict. It is for that reason that the passage in *Fraser* upon which the appellants rely so heavily is followed immediately by these words, at p. 463:

But [freedom of speech] is not an absolute value. Probably no values are absolute. All important values must be qualified, and balanced against, other important, and often competing, values. This process of definition, qualification and balancing is as much required with respect to the value of "freedom of speech" as it is for other values.

The *Fraser* case, which of course raised issues similar to those in the present appeal, stands for the proposition then, that the freedom of expression of public servants is a fundamental value but that certain reasonable abridgements, motivated by other competing values, may validly be authorized by a legislature. The relevant considerations in evaluating the reasonableness of the limitations are set out in *Fraser*.

*common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ce principe a été confirmé de nouveau récemment dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, conclut, à la p. 584:

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel.

Ces deux passages traduisent une reconnaissance claire que la liberté de parole et d'expression représente une valeur fondamentale qui anime le régime constitutionnel canadien.

Il faut toutefois se rappeler qu'aucune valeur, si noble soit-elle, ne peut à elle seule permettre de soutenir un régime de gouvernement démocratique. À la base de notre régime constitutionnel il y a un certain nombre de valeurs importantes qui contribuent toutes à garantir nos libertés, quoique les façons dont elles le font peuvent parfois entrer en conflit. C'est ce qui explique pourquoi l'extrait de l'arrêt *Fraser* sur lequel les appelants insistent est suivi immédiatement des mots suivants, à la p. 463:

Toutefois, [la liberté de parole n'est pas] une valeur absolue. Il n'y a probablement aucune valeur absolue. g Toutes les valeurs importantes doivent être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes. Ce processus de définition, de restriction et d'évaluation est aussi nécessaire pour ce qui est de la «liberté de parole» en tant que valeur qu'elle l'est pour les autres valeurs.

L'arrêt *Fraser* dans lequel, bien entendu, les questions soulevées étaient analogues à celles posées en l'espèce, établit donc que la liberté d'expression des fonctionnaires constitue une valeur fondamentale, mais que le législateur peut à bon droit autoriser certaines restrictions raisonnables motivées par d'autres valeurs concurrentes. Les facteurs dont il faut tenir compte en évaluant le caractère raisonnable des restrictions sont énoncés dans l'arrêt *Fraser*.

It would not be appropriate to enter into a detailed application of the *Fraser* principles to the facts of the present case because none of the individual appellants has actually been subjected to disciplinary proceedings. As the respondent and interveners have pointed out, in determining the proper scope of application of the restrictions on political activity contained in *The Public Service Act*, the relevant decision makers, and in particular any grievance arbitrator, must interpret the scope of the Act in light of the principles set out in *Fraser*. For example, *Fraser* establishes that the scope of the restrictions in the Act must be considered in relation to the position and public visibility of the civil servant against whom the restrictions are said to apply.

In sum, it has been determined that *The Public Service Act* in its entirety is a valid exercise of provincial legislative jurisdiction. Furthermore, the Act must be interpreted in light of *Fraser*. I would add only that nothing I have said should be taken to predetermine the relevant analysis in any potential challenge to the Act launched under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

## VI

### Conclusion

The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered as follows: Sections 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, are constitutional in so far as they purport to restrain provincial civil servants and Crown employees from engaging in certain federal political activity. The second and third constitutional questions are not answered.

I would not award costs.

The judgment of Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

BEETZ J.—The issue has been stated by Laskin C.J. in the following constitutional question:

Il ne conviendrait guère de procéder à une application détaillée des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* aux faits de la présente affaire puisqu'aucun des appelants n'a fait l'objet de mesures disciplinaires. Comme l'ont fait remarquer l'intimé et les intervenants, en déterminant la véritable portée des restrictions que *The Public Service Act* impose relativement aux activités politiques, c'est en fonction des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* que b les décideurs concernés, et en particulier tout arbitre d'un grief, doivent interpréter la portée de la Loi. Par exemple, l'arrêt *Fraser* établit que la portée des restrictions imposées par la Loi doit être examinée en fonction du poste et de la visibilité publique du fonctionnaire auquel on dit que les restrictions s'appliquent.

En somme, on a conclu que *The Public Service Act* constitue dans son ensemble un exercice valide de la compétence législative de la province. De plus, la Loi doit être interprétée en fonction de l'arrêt *Fraser*. J'ajouterais simplement que rien de ce que j'ai dit ne devrait être interprété comme déterminant à l'avance l'analyse qu'il conviendra de faire dans toute contestation éventuelle de la Loi, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## f

## VI

### Conclusion

Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante: g Les articles 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications, sont constitutionnels dans la mesure où ils ont pour effet d'empêcher les fonctionnaires et h employés provinciaux de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral. Aucune réponse n'est donnée aux deuxième et troisième questions constitutionnelles.

i Je suis d'avis de ne pas accorder de dépens.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

j LE JUGE BEETZ—Le point litigieux a été exposé par le juge en chef Laskin dans la question constitutionnelle suivante:

Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

## I

The Facts

The facts have been described in an agreed statement of facts, a summary of which appears in appellants' factum:

The appellant Ontario Public Service Employees Union is the bargaining agent for approximately 50,000 employees of the government of Ontario, who are subject to the Ontario *Public Service Act*.

The Appellant Marie Wilkinson is employed by the Ontario Ministry of Community and Social Services as a counsellor at a centre for the care of the mentally retarded in Blenheim, Ontario. The Appellant Edward E. Faulknor is employed by the Ministry of Revenue (Ontario) as an Assessor in Hamilton-Wentworth Office. The Appellant Russell B. Smith is employed as a lab technician by the Ministry of Natural Resources.

Each of the individual Appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of an appellant union.

Each of the individual Appellants wishes to engage in political activities currently prohibited by the *Public Service Act*, including running for election to Parliament, canvassing and soliciting funds on behalf of political parties, and expressing opinions on political issues.

For purposes of this Appeal, the organization and philosophy of the various political parties both federally and provincially are agreed to be the same.

The political activities in which the individual appellants wished to engage were in connection with the 1979 federal elections. The individual appellants became concerned that the pursuit of such activities would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*. By an originating notice of motion, they, together with their union, applied to the Supreme Court of Ontario for an order declaring unconstitutional

## I

Les faits

Les faits ont été décrits dans un exposé conjoint des faits dont un résumé figure dans le mémoire des appellants:

*c* [TRADUCTION] L'appelant le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur d'environ 50 000 employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à *The Public Service Act* de l'Ontario.

*d* L'appelante Marie Wilkinson est employée par le ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario en tant que conseillère en réadaptation dans un centre pour déficients mentaux situé à Blenheim (Ontario). L'appelant Edward E. Faulknor travaille pour le ministère du Revenu de l'Ontario en tant que contrôleur des contributions au bureau de Hamilton-Wentworth. L'appelant Russell B. Smith occupe le poste de technicien de laboratoire au ministère des Richesses naturelles.

*f* Chacun des appellants est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appelant.

*g* Chacun des appellants souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques et celle de prendre position sur des questions politiques.

*h* Aux fins du présent pourvoi, l'organisation et la philosophie des différents partis politiques tant fédéraux que provinciaux sont reconnues comme étant les mêmes.

*i* Les activités politiques que les appellants souhaitaient exercer avaient trait aux élections fédérales de 1979. Les appellants ont craint que la poursuite de ces activités ne les expose à des mesures disciplinaires prises conformément à *The Public Service Act*. Au moyen d'un avis de requête introduit d'instance, ils ont, de concert avec leur syndicat, demandé à la Cour suprême de l'Ontario de rendre une ordonnance déclarant inconstitutionnels les

ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, hereinafter referred to as the Act.

## II

### The Legislation

The impugned sections of the Act provide as follows:

**12.**—(1) Except during a leave of absence granted under subsection 2, a Crown employee shall not,

- (a) be a candidate in a provincial or federal election or serve as an elected representative in the legislature of any province or in the Parliament of Canada;
- (b) solicit funds for a provincial or federal political party or candidate; or
- (c) associate his position in the service of the Crown with any political activity.

(2) Any Crown employee, other than a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29, who proposes to become a candidate in a provincial or federal election shall apply through his minister to the Lieutenant Governor in Council for leave of absence without pay for a period,

- (a) not longer than that commencing on the day on which the writ for the election is issued and ending on polling day; and
- (b) not shorter than that commencing on the day provided by statute for the nomination of candidates and ending on polling day,

and every such application shall be granted.

(3) Where a Crown employee who is a candidate in a provincial or federal election is elected, he shall forthwith resign his position as a Crown employee.

(4) Where a Crown employee who has resigned under subsection 3,

- (a) ceases to be an elected political representative within five years of the resignation; and
- (b) applies for reappointment to his former position or to another position in the service of the Crown for which he is qualified within three months of ceasing to be an elected political representative,

he shall be reappointed to the position upon its next becoming vacant.

art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, ci-après appelée la Loi.

## II

### *a Les textes législatifs*

Les dispositions contestées de la Loi sont ainsi conçues:

**[TRADUCTION]** **12.**—(1) Nul employé de Sa Majesté ne doit

- a)* se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales ni siéger en tant que député provincial ou fédéral; ni
- b)* solliciter des fonds pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat; ni
- c)* relier son poste dans la fonction publique à des activités politiques,

*d)* si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 2.

(2) Un employé de Sa Majesté, autre qu'un sous-ministre ou tout autre employé dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*), qui se propose de se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales doit, par l'intermédiaire de son ministre, adresser au lieutenant-gouverneur en conseil une demande de congé sans traitement

- f)* *a)* pour une durée maximale calculée à partir du jour de la délivrance du bref d'élection jusqu'au jour du scrutin; et
- b)* pour une durée minimale calculée à partir du jour prévu par la loi pour les mises en candidature jusqu'au jour du scrutin,

*g)* et toute demande à cet effet doit être accueillie.

(3) Lorsqu'un employé de Sa Majesté qui s'est porté candidat à des élections provinciales ou fédérales est élu, il doit immédiatement démissionner du poste qu'il occupe comme employé de Sa Majesté.

(4) L'employé de Sa Majesté qui a démissionné en vertu du paragraphe 3,

- i)* *a)* qui cesse d'être un député dans les cinq ans de sa démission; et
  - b)* qui demande, dans les trois mois de la date où il cesse d'être député, d'être réintégré dans son ancien poste ou d'être nommé à un autre poste dans la fonction publique pour lequel il est qualifié,
- j)* doit être réintégré dans son poste ou nommé à un autre dès qu'une vacance survient.

(5) Where a Crown employee has been granted leave of absence under subsection 2 and was not elected, or resigned his position under subsection 3 and was reappointed under subsection 4, the period of the leave of absence or resignation shall not be computed in determining the length of his service for any purpose, and the service before and after such period shall be deemed to be continuous for all purposes.

**13.**—(1) A civil servant shall not during a provincial or federal election canvass on behalf of a candidate in the election.

(2) Notwithstanding subsection 1, a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29 shall not at any time canvass on behalf of or otherwise actively work in support of a provincial or federal political party or candidate.

**14.** Except during a leave of absence granted under subsection 2 of section 12, a civil servant shall not at any time speak in public or express views in writing for distribution to the public on any matter that forms part of the platform of a provincial or federal political party.

**15.** A Crown employee shall not during working hours engage in any activity for or on behalf of a provincial or federal political party.

**16.** A contravention of section 11, 12, 13, 14 or 15 shall be deemed to be sufficient cause for dismissal.

Civil servants and Crown employees are defined in s. 1(a) and (e) of the Act:

**1.** ...

(a) “civil servant” means a person appointed to the service of the Crown by the Lieutenant Governor in Council on the certificate of the Commission or by the Commission, and “civil service” has a corresponding meaning;

(e) “Crown employee” means a person employed in the service of the Crown or any agency of the Crown, but does not include an employee of Ontario Hydro or the Ontario Northland Transportation Commission;

### III

#### Procedural History and Judgments of the Courts Below

The case was heard and decided by the Supreme Court of Ontario (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98

(5) Lorsqu'un employé de Sa Majesté a obtenu un congé en vertu du paragraphe 2 et qu'il ne s'est pas fait élire, ou lorsqu'il a démissionné de son poste en vertu du paragraphe 3 et qu'il a été réintégré dans ses fonctions en vertu du paragraphe 4, la période visée par le congé ou la démission n'est pas incluse dans la détermination de la durée de son ancienneté à quelque fin que ce soit, et la prestation de ses services avant et après cette période est réputée continue à toutes fins.

**b** **13.**—(1) Nul fonctionnaire ne fera du démarchage pour un candidat à des élections provinciales ou fédérales.

(2) Nonobstant le paragraphe 1, un sous-ministre ou tout autre employé de Sa Majesté, dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*, ne doit à aucun moment faire du démarchage ou travailler activement pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat.

**d** **14.** Un fonctionnaire ne doit à aucun moment prendre la parole en public ni exprimer des opinions écrites destinées à être diffusées auprès du public sur une question qui fait partie du programme d'un parti politique provincial ou fédéral, si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 12(2).

**e** **15.** Nul employé de Sa Majesté ne doit pendant les heures de travail exercer une activité pour le compte d'un parti politique provincial ou fédéral.

**f** **16.** Toute contravention aux articles 11, 12, 13, 14 ou 15 est réputée constituer une cause suffisante de renvoi.

Les expressions «fonctionnaire» et «employé de Sa Majesté» sont définies aux al. 1a) et e) de la Loi:

**g** [TRADUCTION] **1.** ...

a) «fonctionnaire» désigne une personne nommée au service de Sa Majesté par le lieutenant-gouverneur en conseil sur attestation de la Commission ou par la Commission, et «fonction publique» a un sens correspondant;

**h** e) «employé de Sa Majesté» désigne une personne au service de Sa Majesté ou d'un organisme de Sa Majesté, mais ne comprend pas un employé d'Ontario Hydro ou de la Commission de transport Ontario Northland;

### III

#### L'historique des procédures et les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La Cour suprême de l'Ontario (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168, et la Cour d'appel

D.L.R. (3d) 168, and the Ontario Court of Appeal (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force and it proceeded on grounds related to the distribution of powers between Parliament and the legislatures.

The main challenge to the impugned provisions was that they allegedly relate to federal elections, a field reserved to the exclusive legislative competence of Parliament. It was alternatively submitted that even if the impugned provisions are otherwise valid as relating to a provincial object, they cannot constitutionally be construed so as to extend to or embrace the core of a federal matter such as federal elections.

The Attorney General for Ontario took the position that the impugned provisions were entirely authorized by s. 92(1), (4) and (13) of the *Constitution Act, 1867*:

**92.** In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

4. The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.

13. Property and Civil Rights in the Province.

In his oral reasons, Labrosse J., who heard and dismissed the application, said he did not reject the submission based on s. 92(1) and (4) but that he found the argument based on s. 92(13) much more persuasive. He said:

The Public Service Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the civil service. The Act is really employer-employee legislation.

de l'Ontario (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, ont entendu et tranché la présente affaire avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette affaire a été fondée sur des moyens relatifs au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures des provinces.

b On reprochait principalement aux dispositions contestées de viser les élections fédérales, un domaine de compétence législative exclusive du Parlement. Subsidiairement, on a fait valoir que, même si ces dispositions étaient par ailleurs valides parce que reliées à un objet provincial, elles ne peuvent être interprétées, sur le plan constitutionnel, de manière à s'appliquer à l'élément central d'une matière fédérale comme les élections fédérales, ni à englober un tel élément.

d Le procureur général de l'Ontario a soutenu que les dispositions contestées étaient entièrement autorisées par les par. 92(1), (4) et (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

e **92.** Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

f 1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

g 4. la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;

h 13. la propriété et les droits civils dans la province;

i Dans ses motifs oraux, le juge Labrosse qui a entendu et rejeté la requête a affirmé qu'il ne rejettait pas l'argument fondé sur les par. 92(1) et (4), mais qu'il trouvait beaucoup plus convaincant l'argument fondé sur le par. 92(13). Il a dit:

[TRADUCTION] The Public Service Act réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Il s'agit vraiment d'une loi sur les relations employeur-employé.

And he held:

The impugned legislation is in pith and substance labour legislation in relation to conditions of employment to preserve the impartiality of the civil service and therefore constitute property and civil rights in the Province.

Labrosse J. further held, quoting Henry J. in *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353, at p. 362, that in so far as the impugned provisions affected the political activities of civil servants in federal elections, they did so "incidentally; as part of a wider legislative scheme to promote labour relations, a valid provincial object".

The Ontario Court of Appeal unanimously affirmed the judgment of Labrosse J. as well as its rationale.

The lamented MacKinnon A.C.J.O., speaking for himself and for Wilson and Goodman JJ.A., reviewed the principles relating to the political impartiality of the public service and underlined their vital relationship to a system of responsible government in Canada. He wrote at p. 330 (O.R.):

If one accepts that the political neutrality or impartiality of Crown servants is a necessary and fundamental doctrine of the Canadian Constitution, adopted from the Constitution of the United Kingdom, there is considerable force in the argument that the legislation here attacked, inasmuch as it simply gives legislative effect to an existing convention, is competent under ss. 92(1) and 92(4) of the *B.N.A. Act*.

However, in answering what Mr. Justice Labrosse described as the real issue, namely whether it is within the competence of the Province to restrict Crown employees and civil servants in federal political activities, I would prefer to rest that answer as he did, on the effect to be given here to s. 92(13) of the *B.N.A. Act*. There is no question but that, under that head of legislative power, the Provinces have jurisdiction over labour relations in the Province.

MacKinnon A.C.J.O. added at p. 331:

Et il a conclu:

[TRADUCTION] La loi contestée est, de par son caractère véritable, une loi ouvrière qui vise les conditions de travail de manière à assurer l'impartialité de la fonction publique, et elle relève donc de la propriété et des droits civils dans la province.

Le juge Labrosse a également conclu, en citant le juge Henry dans la décision *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353, à la p. 362, que, dans la mesure où les dispositions contestées touchaient les activités politiques des fonctionnaires lors d'élections fédérales, elles ne le faisaient qu'«accessoirement, dans le cadre d'un régime législatif plus large destiné à promouvoir les relations de travail, ce qui constitue un objet provincial régulier».

d La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé à l'unanimité la décision du juge Labrosse ainsi que son raisonnement.

Le regretté juge en chef adjoint MacKinnon, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Wilson et Goodman, a passé en revue les principes relatifs à l'impartialité politique de la fonction publique et a souligné leur importance vitale quant à l'existence d'un régime de gouvernement responsable au Canada. Il écrit, à la p. 330 (O.R.):

[TRADUCTION] Si on accepte que la neutralité ou l'impartialité politique des fonctionnaires de Sa Majesté est un précepte nécessaire et fondamental de la Constitution canadienne, inspiré de la Constitution du Royaume-Uni, l'argument portant que la loi contestée en l'espèce, dans la mesure où elle confère un effet législatif à une convention existante, est valide en vertu des par. 92(1) et 92(4) de l'*A.A.N.B.*, a un poids considérable.

Toutefois, en répondant à ce que M. le juge Labrosse a décrit comme étant la vraie question, savoir s'il relève de la compétence de la province de restreindre les activités politiques des employés de Sa Majesté et des fonctionnaires, je préfère fonder cette réponse, comme il l'a fait, sur l'effet à donner ici au par. 92(13) de l'*A.A.N.B.* Il ne fait pas de doute que, en vertu de ce chef de compétence législative, les provinces ont compétence sur les relations de travail dans la province.

j Le juge en chef adjoint MacKinnon ajoute, à la p. 331:

The people of Ontario also have a special interest in the impartiality of its civil service. It can be said, accordingly, that, as well as being legislation with relation to labour relations in the Province, the legislation in question, viewed from another perspective, is also legislation designed to protect the civil rights of Ontario residents generally to have an impartial civil service.

The appeal was accordingly dismissed.

Leave to appeal was granted by this Court on March 2, 1981.

The following are constitutional questions as stated by Laskin C.J. and as revised and supplemented by Dickson C.J.:

*a.* 1. Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

*b.* 2. Do ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal and provincial political activity?

*c.* 3. If ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny ss. 2 and 3, and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

At the start of the hearing before this Court, the Attorney General for Ontario, supported by several intervening Attorneys General, contended that the Court should not entertain the *Charter* issues because all the political activities in question were pre-*Charter* and neither of the Courts below had heard *Charter* submissions. After argument, the Court decided (Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ. dissenting) that the Court would not hear or decide the *Charter* issues.

[TRADUCTION] La population ontarienne a elle aussi un intérêt particulier à ce que sa fonction publique soit impartiale. On peut donc dire que, tout en étant une loi portant sur les relations de travail dans la province, la loi en question, prise sous un autre angle, est également une loi destinée à protéger les droits civils à une fonction publique impartiale qu'ont, de manière générale, les résidents de l'Ontario.

*d.* L'appel a donc été rejeté.

*e.* L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 2 mars 1981.

Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le juge en chef Laskin et qui ont été révisées et complétées par le juge en chef Dickson:

*f.* 1. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

*g.* 2. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques aux niveaux fédéral et provincial, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

*h.* 3. Si les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications portent atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Au début de l'audience en cette Cour, le procureur général de l'Ontario, appuyé par plusieurs procureurs généraux intervenants, a soutenu que la Cour ne devrait pas aborder les questions relatives à la *Charte* parce que toutes les activités politiques en cause étaient antérieures à la *Charte* et que ni l'un ni l'autre tribunal d'instance inférieure n'avait entendu d'arguments fondés sur la *Charte*. Après que ce point eut été débattu, la Cour a décidé (le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain étant dissidents) qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions relatives à la *Charte*.

The case then proceeded on written and oral submissions based upon the distribution of legislative powers and on oral submissions based upon a fundamental rights and freedoms argument derived from certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

It should also be noted that s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* has now been replaced by s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, as qualified by the other provisions of Part V of the latter Act, entitled "Procedure for amending Constitution of Canada". However, the impugned provisions antedate the coming into force of this procedure; their constitutional validity will accordingly be examined in the light of the law in force at the time of their enactment. It may well be thought that the coming into force of the amending procedure has not altered the power of the province to amend its own constitution but I refrain from expressing any view on the matter.

#### IV

#### The Distribution of Powers

The submissions made to us by the appellants and the respondent with respect to the distribution of powers were, with some amplification, essentially the same as those presented to the Courts below. They are set out above in summary form.

All the intervening Attorneys General spoke in support of the conclusions sought by the Attorney General for Ontario.

I should state at the outset that I reach the same conclusions as the Courts below. But I reach them for different reasons.

In my respectful opinion, the impugned provisions are not related to the field of federal elections, as is submitted by the appellants. But neither can they be constitutionally justified on the basis, or at least on the sole basis, that they are in pith and substance labour relations legislation and therefore a matter of property and civil rights in the province. I am rather of the view that the impugned provisions are an amendment of the

On a alors présenté des arguments écrits et oraux fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que des plaïdoires fondées sur un moyen relatif aux droits et libertés fondamentaux tiré de certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

Notons également que le par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est maintenant remplacé l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont la portée est restreinte par les autres dispositions de la partie V de cette dernière loi, intitulée «Procédure de modification de la Constitution du Canada». Cependant, les dispositions contestées sont antérieures à l'entrée en vigueur de cette procédure; leur constitutionnalité sera donc examinée en fonction de la loi en vigueur au moment de leur adoption. On peut bien penser que l'entrée en vigueur de la procédure de modification n'a rien changé au pouvoir de la province de modifier sa propre constitution, mais je m'abstiens d'exprimer quelque opinion sur le sujet.

#### e

#### IV

#### Le partage des pouvoirs

À part quelques ajouts, les arguments que nous f ont présentés les appellants et l'intimé au sujet du partage des pouvoirs sont essentiellement les mêmes que ceux présentés devant les tribunaux d'instance inférieure. Je les ai déjà résumés.

Tous les procureurs généraux intervenants ont appuyé les conclusions recherchées par le procureur général de l'Ontario.

Je dois dire dès le départ que je tire les mêmes conclusions que les tribunaux d'instance inférieure, mais pour des motifs différents.

Avec égards, les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le domaine des élections fédérales comme le soumettent les appellants. Mais elles ne peuvent pas non plus être justifiées du point de vue constitutionnel pour le motif, ou tout au moins pour le seul motif, qu'elles constituent, de par leur caractère véritable, des dispositions en matière de relations de travail et qu'elles relèvent, par conséquent, de la propriété et des droits civils dans la

constitution of the province and that they are also related to the tenure of provincial offices.

### 1. *Property and Civil Rights in the Province*

I begin by saying why I have difficulty in agreeing with the characterization given by the Courts below to the Act as a whole as well as to its impugned provisions.

I start with the proposition advanced by the Court of Appeal that the legislation in question can be viewed as "designed to protect the civil rights of Ontario residents generally to have an impartial civil service". It seems to me that in so far as this legislation can be said to confer rights, individual or collective, upon the Ontario residents to have an impartial civil service, such rights are not civil but rather public or political rights. To quote Professor Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 454, these rights do not form part of the

... body of private law which governs the relationships between subject and object, as opposed to the law which governs the relationships between the subject and the institutions of government.

For much the same reasons, I find it difficult to regard the Act simply as "employer-employee" legislation.

Many of the public servants mostly affected by the impugned provisions are more than mere employees of the Crown. They include all deputy ministers, and, under the regulations referred to in s. 12(2) of the Act, they comprise, for instance, for each ministry including agencies, boards and commissions, public servants such as the assistant deputy minister, the executive director, the executive secretary, the general manager, the branch director as well as full-time heads and full-time members of boards, agencies and commissions. In the Ministry of the Attorney General, to take another example, they comprise positions and classifications such as the following ones: court administrator, crown attorney of Toronto and York, crown law officers 1, 2 and 3, judges of the Small Claims Court, justices of the peace, the

province. Je suis plutôt d'avis que les dispositions attaquées sont une modification de la constitution de la province et qu'elles ont également trait à la durée des charges provinciales.

#### *a. 1. La propriété et les droits civils dans la province*

Je dois tout d'abord dire pourquoi il m'est difficile d'accepter la façon dont les tribunaux d'instance inférieure ont qualifié la Loi dans son ensemble ainsi que ses dispositions contestées.

Commençons par la proposition formulée par la Cour d'appel portant que la loi en question peut être considérée comme une loi «destinée à protéger les droits civils à une fonction publique impartiale qu'ont, de manière générale, les résidents de l'Ontario.» Il me semble que, dans la mesure où on peut dire que cette loi confère aux résidents de l'Ontario des droits, individuels ou collectifs, d'avoir une fonction publique impartiale, ces droits sont non pas civils, mais plutôt publics ou politiques. Pour citer le professeur Hogg, dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 454, ces droits ne font pas partie de

[TRADUCTION] ... l'ensemble des règles de droit privé qui régissent les relations entre citoyens, par opposition au droit qui régit les relations entre les citoyens et les institutions gouvernementales.

f Pour à peu près les mêmes raisons, il m'est difficile de considérer la Loi simplement comme une loi sur les relations «employeur-employé».

Plusieurs des fonctionnaires les plus touchés par les dispositions contestées sont plus que de simples employés de Sa Majesté. On compte parmi eux tous les sous-ministres et, en vertu du règlement mentionné au par. 12(2) de la Loi, ce sont, par h exemple, pour chaque ministère comprenant des agences, des offices et des commissions, des fonctionnaires comme le sous-ministre adjoint, le directeur exécutif, le secrétaire exécutif, le directeur général, le directeur de section ainsi que les chefs i et les membres à plein temps des offices, agences et commissions. Au ministère du Procureur général, pour citer un autre exemple, sont visés notamment les postes et classifications suivants: l'administrateur judiciaire, le substitut du procureur général de Toronto et York, les conseillers juridiques du procureur général de niveaux 1, 2 et 3, les

local master of the Supreme Court of Ontario, provincial judges, the registrar of boards and commissions, the registrar of the Supreme Court of Ontario. To repeat, these are not mere employees. They are the holders of public office and many of them exercise important powers given to them by law.

The Act accordingly provides, in s. 10, that every civil servant shall subscribe an oath of office and secrecy as well as an oath of allegiance to the sovereign, and that any person or class of persons appointed to the unclassified civil service may be required to subscribe either or both the oaths. The oath of office comprises an undertaking to observe and comply with the laws of Canada and Ontario, which include the impugned provisions and it goes without saying that the subscribing of this oath is not negotiable. A provision of this type is unexpected, to say the least, in an employer-employee legislation or in an act regulating labour relations, but is very much in order in a law relating to the constitution of the province and to the tenure of provincial offices.

I realize that the number of public servants who fall into the above-described categories constitutes but a minority of the public service. However they are more affected than others by the impugned provisions since they cannot be given a leave of absence to carry on political activity; and it seems to me that they cannot be governed by those provisions except under the constitutional authority of some head of power other than property and civil rights.

As for civil servants who do not exercise powers but whose functions are simply advisory, professional or even clerical, they nevertheless hold an office, since they must subscribe what the Act labels an oath of office. They are not merely hired by the Crown but appointed to the service of the Crown by the Lieutenant-Governor in Council on the certificate of the Civil Service Commission and, under the Act, they are given a special and, in

judges de la Cour des petites créances, les juges de paix, le protonotaire local de la Cour suprême de l'Ontario, les juges provinciaux, le greffier des offices et commissions, le greffier de la Cour suprême de l'Ontario. Encore une fois, ce ne sont pas de simples employés. Ils occupent une charge publique et plusieurs d'entre eux exercent des pouvoirs importants que leur confère la loi.

*b* La Loi prévoit donc, à l'art. 10, que chaque fonctionnaire doit prêter un serment d'entrée en fonction et de discrétion ainsi qu'un serment d'allégeance à la souveraine, et que chaque personne ou catégorie de personne nommée à un poste de la fonction publique sans classification peut être requise de prêter l'un ou l'autre des serments ou les deux à la fois. Le serment d'entrée en fonction comprend un engagement à observer et à respecter les lois du Canada et de l'Ontario, ce qui inclut les dispositions contestées, et il va sans dire que la prestation de ce serment n'est pas négociable. Une disposition de ce genre est pour le moins inattendue dans une loi sur les relations employeur-employé ou dans une loi régissant les relations de travail, mais elle est tout à fait de mise dans une loi concernant la constitution de la province et la durée des charges provinciales.

*f* Je suis conscient que les fonctionnaires qui se situent dans les catégories que je viens de décrire ne représentent qu'une minorité dans la fonction publique. Cependant, ils sont plus touchés que d'autres par les dispositions contestées puisqu'ils ne peuvent obtenir un congé pour exercer des activités politiques; et il me semble qu'ils ne peuvent être visés par ces dispositions si ce n'est en vertu de l'autorité constitutionnelle d'un chef de compétence autre que la propriété et les droits civils.

*i* Quant aux fonctionnaires qui n'exercent aucun pouvoir mais qui remplissent simplement des fonctions professionnelles, de consultation ou même de secrétariat, ils occupent néanmoins une charge puisqu'ils doivent prêter ce que la Loi appelle un serment d'entrée en fonction. Ils ne sont pas simplement embauchés par Sa Majesté, ils sont nommés au service de Sa Majesté par le lieutenant-gouverneur en conseil sur attestation de la

my view, a public status which extends beyond the limits of civil rights.

There remains the category of Crown employees who are not included in the classified service. Their relationship with the Crown may well be governed by the law of contract, whether it be on an individual or on a collective basis, but the obligation to comply with the impugned provisions is not negotiable for them either and does not flow from their contract of employment. It is derived from the Act, a public law of Ontario which imposes this obligation upon them because they are employed in the service of the state.

We are not called upon to characterize the Act as a whole, as opposed to the impugned provisions. Yet it is worth observing that the only sections of the Act which can be considered as straight labour relations provisions are ss. 27, 28 and 28a which regulate the collective bargaining of the Ontario Provincial Police Force, a special case. The rest of the Act, a relatively short act comprising 32 sections, contains provisions several of which are not related directly or not related at all to labour relations. Thus, s. 1 is a definition section. Sections 2 and 3 provide for the composition and responsibility of the Civil Service Commission. I have already referred to s. 10 relating to oaths of office, secrecy and allegiance. Section 11 allows political activities in municipal elections at certain conditions, and provided that candidacies, services and activities be not affiliated with or sponsored by provincial or federal political parties. Sections 11, 12, 13, 14, 15 and 16 are the impugned provisions. Sections 23 and 24 provide for delegation of powers by deputy ministers and the Commission. I have already referred also to ss. 26, 27, 28 and 28a which relate to the labour relations of the Ontario Provincial Police Force. Finally, s. 29 confers broad regulatory powers to the Commission, subject to the approval of the Lieutenant-Governor in Council. The objects of these regulations comprise classifications for positions including salaries except classifications in which salaries are determined through bargaining pursuant to *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*, S.O.

Commission de la fonction publique et ils se voient conférer, en vertu de la Loi, un statut spécial et, à mon avis, public qui va au-delà des limites des droits civils.

<sup>a</sup> Reste la catégorie des employés de Sa Majesté qui n'occupent pas un poste classifié dans la fonction publique. Leurs rapports avec Sa Majesté peuvent bien être régis par le droit des contrats, <sup>b</sup> que ce soit sur une base individuelle ou collective, mais eux non plus ne peuvent négocier l'obligation de se conformer aux dispositions contestées et cette obligation ne découle pas de leur contrat de travail. Elle découle de la Loi, une loi publique de l'Ontario qui leur impose cette obligation parce qu'ils sont au service de l'État.

<sup>d</sup> On ne nous demande pas de qualifier la Loi dans son ensemble, par opposition aux dispositions contestées. Pourtant, il vaut la peine de souligner que les seuls articles de la Loi qui peuvent être considérés comme des dispositions qui portent directement sur les relations de travail sont les art. 27, 28 et l'al. 28a qui réglementent la négociation collective de la Sûreté de l'Ontario, un cas spécial. Le reste de la Loi, qui est relativement courte vu qu'elle ne compte que 32 articles, contient des dispositions dont plusieurs ne sont pas directement liées, ou ne sont pas liées du tout, aux relations de travail. Ainsi, l'article 1 est un article de définition. Les articles 2 et 3 prescrivent la composition et les attributions de la Commission de la fonction publique. J'ai déjà parlé de l'art. 10 qui a trait aux serments d'entrée en fonction, de discrétion et d'allégeance. L'article 11 autorise les activités politiques lors d'élections municipales à certaines conditions et pourvu que les candidatures, les services <sup>e</sup> et les activités ne soient pas rattachés à des partis politiques provinciaux ou fédéraux ni parrainés par ceux-ci. Les articles 11, 12, 13, 14, 15 et 16 sont les dispositions contestées. Les articles 23 et 24 prévoient la délégation de pouvoirs par les sous-ministres et la Commission. J'ai également déjà mentionné les art. 26, 27, 28 et l'al. 28a qui ont trait aux relations de travail de la Sûreté de l'Ontario. Enfin, l'art. 29 confère de larges pouvoirs de réglementation à la Commission, sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil. Ces règlements portent notamment sur les classifi-<sup>f</sup><sup>g</sup><sup>h</sup><sup>i</sup><sup>j</sup>

1972, c. 67, defining overtime work, and the regulation of conduct of public servants, including the imposition of fines, removal from employment and demotion, and the designation of positions or classifications for the purpose of s. 11. Subsection 29(3) provides that a collective agreement prevails where it conflicts with a regulation.

Thus, the Act does contain some elements relating to labour relations, but they are not its chief characteristics as they are for instance in *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*.

While it can be said also that the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the provincial public service, many of its provisions, including the impugned provisions, can only be explained and justified by the fact that the employment in question is public employment. That is why they cannot in my opinion be grounded, or be grounded only in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. But they can be fully grounded in s. 92(1) and (4).

## 2. *The Amendment of the Constitution of the Province*

Section 92(1) of the *Constitution Act, 1867* provides for the process whereby the constitution of the province can be amended. This process is an ordinary law or statute of the provincial legislature. But the *Constitution Act, 1867* nowhere defines the expression "constitution of the province".

The constitution of Ontario, like that of the other provinces and that of the United Kingdom, but unlike that of many states, is not to be found in a comprehensive, written instrument called a constitution. It is partly contained in a variety of statutory provisions. Some of these provisions have been enacted by the Parliament at Westminster, such as ss. 58 to 70 and ss. 82 to 87 of the

cations de poste y compris les traitements à l'exception des classifications dans lesquelles les traitements sont fixés par voie de négociation conformément à *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*, S.O. 1972, chap. 67, qui définit le travail en surtemps, et sur la réglementation de la conduite des fonctionnaires, y compris l'imposition d'amendes, le renvoi et la rétrogradation, ainsi que la désignation de postes ou de classifications aux fins l'art. 11. Le paragraphe 29(3) prévoit que la convention collective prévaut lorsqu'elle entre en conflit avec un règlement.

Ainsi, la Loi contient bien des éléments relatifs aux relations de travail, mais ils ne constituent pas ses caractéristiques principales comme c'est le cas par exemple dans *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*.

Bien qu'on puisse également dire que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique provinciale, un bon nombre de ses dispositions, y compris les dispositions contestées, ne peuvent s'expliquer et se justifier que par le fait que l'emploi en question est un emploi public. C'est pourquoi elles ne peuvent à mon avis être fondées, ou être fondées uniquement, sur le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais elles peuvent être entièrement fondées sur les par. 92(1) et (4).

## 2. *La modification de la constitution de la province*

Le paragraphe 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prescrit la méthode par laquelle la constitution de la province peut être modifiée. Cette méthode consiste en l'adoption d'une loi ordinaire par la législature provinciale. Toutefois, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne définit nulle part l'expression «constitution de la province».

La constitution de l'Ontario, comme celle des autres provinces et du Royaume-Uni, mais contrairement à celle de nombreux États, ne se trouve pas dans un document complet appelé constitution. Elle se trouve en partie dans une variété de dispositions législatives. Certaines de ces dispositions ont été adoptées par le Parlement de Westminster, comme les art. 58 à 70 et 82 à 87 de la *Loi*

*Constitution Act, 1867*. Other provisions relating to the constitution of Ontario have been enacted by ordinary statutes of the Legislature of Ontario, for instance *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, c. 240; *The Representation Act*, R.S.O. 1970, c. 413, and *The Executive Council Act*, R.S.O. 1970, c. 153.

Another part of the constitution of Ontario consists of the rules of the common law, developed or recognized over the years by the courts. Many of these common law rules concern the royal prerogative. For instance, they have put the Crown in right of the province in a preferred position as a creditor (*Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437) and with respect to the inheritance of lands for defect of heirs (*Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767).

As was explained in *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 876-78, with respect to the Constitution of Canada—but the same can generally be said of the constitution of Ontario—“those parts which are composed of statutory rules and common law rules are generically referred to as the law of the constitution”. In addition, the constitution of Ontario comprises rules of a different nature but of great importance called conventions of the constitution. The most fundamental of these is probably the principle of responsible government which is largely unwritten, although it is implicitly referred to in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, and one of its facets is articulated in s. 83 of this Act—possibly spent—which, in Ontario and Quebec, “Until the Legislature of Ontario or of Quebec otherwise provides”, puts a restriction on the election of holders of offices other than ministerial offices.

If Ontario were a unitary state, like the United Kingdom, the question whether a given enactment forms part of its constitution or amends its constitution could be resolved in the affirmative by only one relatively simple test: is the enactment consti-

constitutionnelle de 1867. D'autres dispositions relatives à la constitution de l'Ontario ont été adoptées par voie de lois ordinaires de la législature de l'Ontario comme, par exemple, *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, chap. 240, *The Representation Act*, R.S.O. 1970, chap. 413, et *The Executive Council Act*, R.S.O. 1970, chap. 153.

- b Une autre partie de la constitution de l'Ontario est formée de règles de *common law*, énoncées ou reconnues au cours des ans par les tribunaux. Plusieurs de ces règles de *common law* concernent la prérogative royale. Par exemple, elles ont placé
- c Sa Majesté du chef de la province dans une situation privilégiée en tant que créancière (*Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437)
- d et en ce qui concerne l'héritage de terres à défaut d'héritiers (*Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767).

Comme on l'explique dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux pp. 876 à 878, au sujet de la Constitution du Canada—mais de façon générale, on peut dire la même chose de la constitution de l'Ontario—«On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties [...] qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law*». En outre, la constitution de l'Ontario comprend des règles d'une nature différente mais d'une grande importance appelées conventions de la constitution. La g plus fondamentale d'entre elles est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit, bien qu'il soit mentionné implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'une de ses facettes soit formulée à l'art. 83 de cette loi, peut-être désuète, qui, en Ontario et au Québec, et «Jusqu'à ce que la Législature de l'Ontario ou du Québec en ordonne autrement», établit une restriction quant à l'élection de titulaires de charges autres que les charges de ministres.

Si l'Ontario était un État unitaire, comme le Royaume-Uni, la question de savoir si une disposition donnée fait partie de sa constitution ou la modifie pourrait recevoir une réponse affirmative par l'application d'un seul critère relativement

tutional in nature? In other words, is the enactment in question, by its object, relative to a branch of the government of Ontario or, to use the language of this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1024, does "it [bear] on the operation of an organ of the government of the Province"? Does it for instance determine the composition, powers, authority, privileges and duties of the legislative or of the executive branches or their members? Does it regulate the interrelationship between two or more branches? Or does it set out some principle of government? In a unitary state without a comprehensive written constitution, this test is the only one available.

Because Ontario, following the British model, is without a comprehensive written constitution, its laws do not qualify as constitutional laws unless they also satisfy first the test as to whether they are constitutional in nature.

This first test, however, even if *prima facie* satisfied, is not determinative of the issue whether an Ontario statute forms part of the constitution of Ontario or is an amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*. The main reason for the insufficiency of the first test is that Ontario is not a unitary state. It is an integral part of a federal one and provisions relating to the constitution of the federal state, considered as a whole, or essential to the implementation of the federal principle, are beyond the reach of the amending power bestowed upon the province by s. 92(1). An obvious example is the whole of s. 92 itself. With respect to Ontario, it is in a sense constitutional in nature in so far as it defines the legislative competence of the legislature of this province. But it also sets limits to the legislative competence of Parliament. It lies at the core of the scheme under which legislative competence is distributed in the federation. It forms part of the constitution of the federation considered as a whole rather than of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*. Prior to 1982, that part of the constitution of the federation was

simple: la disposition est-elle de nature constitutionnelle? En d'autres termes, la disposition en question a-t-elle trait, de par son objet, à une branche du gouvernement de l'Ontario ou, pour *a* reprendre les termes de cette Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1024, est-ce qu'elle «porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province»? Détermine-t-elle, par exemple, la composition, les pouvoirs, l'autorité, les priviléges et les fonctions des organes législatif ou exécutif ou de leurs membres? Réglemente-t-elle la corrélation entre deux ou plusieurs branches? Ou établit-elle quelque principe de gouvernement? Dans un État unitaire qui n'a pas de constitution écrite complète, ce critère est le seul applicable.

Parce que l'Ontario, à l'instar du modèle britannique, n'a pas de constitution écrite complète, ses lois ne peuvent être considérées comme des lois constitutionnelles à moins qu'elles ne satisfassent également au critère consistant à déterminer si elles sont de nature constitutionnelle.

Cependant, même si on y a satisfait à première vue, le premier critère n'est pas déterminant quant à la question de savoir si une loi de l'Ontario fait partie de la constitution de l'Ontario ou s'il s'agit *f* d'une modification de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La raison principale de l'insuffisance du premier critère est que l'Ontario n'est pas un État unitaire. Elle fait partie intégrante d'un État fédéral et les dispositions relatives à la constitution de l'État fédéral, prises dans leur ensemble, ou essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral échappent au pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province. L'ensemble de l'art. 92 lui-même en est un exemple évident. À l'égard de l'Ontario, il est en un sens de nature constitutionnelle dans la mesure où il définit la compétence législative de la législature de cette province. Mais il établit également des limites à la compétence législative du Parlement. Il se situe au cœur du régime en vertu duquel la compétence législative est partagée dans la fédération. Il fait partie de la constitution de la fédération considérée dans son ensemble plutôt que de la constitution de l'Ontario, au sens du par. 92(1) de la *Loi constitu-*

therefore entrenched in the sense that it could only be amended by the Parliament at Westminster, in accordance with constitutional conventions.

Furthermore, other provisions of the *Constitution Act, 1867* could be similarly entrenched and held to be beyond the reach of s. 92(1), not because they were essential to the implementation of the federal principle, but because, for historical reasons, they constituted a fundamental term or condition of the union formed in 1867. Thus, s. 133 of the *Constitution Act, 1867* was held in *Blaikie, supra*, to constitute such a provision and to be a "part of the Constitution of Canada and of Quebec in an indivisible sense" and not a part of the constitution of Quebec within s. 92(1).

To sum up, therefore, and subject to the *caveat* I will mention later, an enactment can generally be considered as an amendment of the constitution of a province when it bears on the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union, and provided of course it is not explicitly or implicitly excepted from the amending power bestowed upon the province by s. 92(1), such as the office of Lieutenant-Governor and, presumably and *a fortiori*, the office of the Queen who is represented by the Lieutenant-Governor.

The above-described approach seems to me to be consistent with the line followed by this Court in *Blaikie, supra*, where it explicitly declined to adopt a narrower line. It had been held by the Appellate Division of the Alberta Supreme Court in *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304, and by the Quebec Court of Appeal in *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1978] C.A. 351, that s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* should be given a restricted meaning embracing only those provisions included under the number and heading V of the *Constitution Act, 1867*, entitled "Provincial Constitutions". This restrictive inter-

*tionnelle de 1867*. Avant 1982, cette partie de la constitution de la fédération était donc intangible, en ce sens qu'elle ne pouvait être modifiée que par le Parlement de Westminster conformément à des conventions constitutionnelles.

En outre, d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont pu de même être intangibles et considérées comme échappant au par. 92(1), non pas parce qu'elles étaient essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral, mais parce que, pour des raisons historiques, elles constituaient une condition fondamentale de l'union formée en 1867. Ainsi, dans l'arrêt *Blaikie*, précité, on a conclu que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était une disposition de ce genre et faisait «partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec» et non pas partie de la constitution du Québec au sens du par. 92(1).

Pour résumer donc, et sous réserve de ce que je mentionnerai plus loin, une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province, comme par exemple la charge de lieutenant-gouverneur et, probablement et à plus forte raison, la charge de la souveraine qui est représentée par le lieutenant-gouverneur.

Le point de vue que je viens de décrire me semble compatible avec celui adopté par cette Cour dans l'arrêt *Blaikie*, précité, où elle a explicitement refusé d'adopter une attitude plus stricte. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304, et la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1978] C.A. 351, ont conclu qu'on devrait prêter au par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* un sens restreint qui engloberait seulement les dispositions figurant sous la rubrique V de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée «Constitu-

pretation could not be reconciled with *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600, where it had been held that the privileges and immunities of members of the Nova Scotia Legislative Assembly, and legislation giving immunity from civil liability in respect of words and conduct in the Assembly, were matters coming within s. 92(1). These matters could not conceivably be included under heading V of the *Constitution Act, 1867*. In *Blaikie, supra*, this Court had this to say about the question at pp. 1024-25:

The fact that *Fielding v. Thomas* concerned matters relating to the Constitution of the Province, in the sense that it bore on the operation of an organ of the government of the Province, does not help to establish the appellant's position as to the unlimited scope of s. 92(1). The latter may, of course, cover such changes as were dealt with in *Fielding v. Thomas* and, also, other matters not expressly covered by the *British North America Act* but implicit in the Constitution of the Province. That does not, however, carry the necessary conclusion that s. 133 is unilaterally amendable. Indeed, the argument goes too far because, as pressed, it would permit amendment of the catalogue of legislative powers in the succeeding catalogue of classes of subjects in s. 92 and this was not suggested. [Emphasis added.]

We must now apply these tests to the provisions impugned in the case at bar.

It is clear to me that those provisions are constitutional in nature in the sense that they bear on the operation of an organ of government in Ontario and that they impose duties on the members of a branch of government in order to implement a principle of government. The organ of government is the Ontario Public Service. The duty is the one imposed upon the members of the public service to abstain from the political activities contemplated by the impugned provisions. The principle of government is the impartiality of the public service considered as an essential prerequisite of responsible government.

In *Fraser, supra*, Dickson C.J., speaking for the full Court, stressed "the importance and necessity

tions des provinces». Cette interprétation restreinte ne pouvait être conciliée avec l'arrêt *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600, dans lequel on avait jugé que les priviléges et immunités des députés de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse et les lois accordant l'immunité contre la responsabilité civile pour les paroles et la conduite devant l'Assemblée, étaient des matières visées par le par. 92(1). Ces matières ne pouvaient pas, en principe, être incluses sous la rubrique V de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voici ce que cette Cour affirme à ce sujet dans l'arrêt *Blaikie*, précité, aux pp. 1024 et 1025:

c Le fait que l'arrêt *Fielding v. Thomas* touche à des questions relatives à la constitution de la province, dans la mesure où il porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, n'appuie pas la thèse de l'appelant sur la portée illimitée du par. 92(1). Ce dernier peut évidemment viser des changements comme ceux qui font l'objet de l'arrêt *Fielding v. Thomas* ainsi que d'autres matières qui ne sont pas expressément régies par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* mais font implicitement partie de la constitution de la province. Mais cela ne signifie pas nécessairement que l'art. 133 puisse être modifié unilatéralement. De fait, l'argument va trop loin car, ainsi qu'on l'a fait valoir, il permettrait de modifier la liste des pouvoirs législatifs compris dans l'énumération des catégories de sujets qui figure ensuite à l'art. 92, et l'on n'est pas allé jusqu'à avancer cette prétention. [Je souligne.]

Nous devons maintenant appliquer ces critères aux dispositions contestées en l'espèce.

g À mon avis, il est évident que ces dispositions sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles imposent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en œuvre un principe de gouvernement. La fonction publique de l'Ontario est cet organe du gouvernement. L'obligation est celle qui est imposée aux membres de la fonction publique de s'abstenir d'exercer les activités politiques envisagées par les dispositions contestées. Le principe de gouvernement est l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable.

j Dans l'arrêt *Fraser*, précité, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour au com-

of an impartial and effective public service" at p. 469. He then continued as follows on the same page and on pp. 469-70:

There is in Canada a separation of powers among the three branches of government—the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy.

The federal public service in Canada is part of the executive branch of Government. As such, its fundamental task is to administer and implement policy. In order to do this well, the public service must employ people with certain important characteristics. Knowledge is one, fairness another, integrity a third.

As the Adjudicator indicated, a further characteristic is loyalty. As a general rule, federal public servants should be loyal to their employer, the Government of Canada. The loyalty owed is to the Government of Canada, not the political party in power at any one time. A public servant need not vote for the governing party. Nor need he or she publicly espouse its policies. [The underlining is mine.]

It can similarly be said that the public service in Ontario is a part of the executive branch of the government of Ontario. The ministers and the executive council of Ontario would be powerless and quite incapable of administering the province if they were deprived of the public service and left to their own device. The government of a large modern state is impossible to manage without a relatively large public service which effectively participates in the exercise of political power under the supervision of responsible ministers:

[TRANSLATION] However, while a public servant always remains a citizen he is also a servant of the State. As the holder of a small part of governmental authority and possessor of exceptional prerogatives at common law, the public servant shares in the exercise of power. This is indeed the reason that the State imposes a duty of loyalty and silence on him. Would not allowing public servants to exercise their political freedoms to the fullest risk compromising the action, even the very existence, of established governments, paralyze political control and weaken the confidence of individuals in government, if the public servant were to fail to demonstrate the impartiality of the government?

plet, souligne, à la p. 469, qu'il est «important et nécessaire d'avoir une fonction publique impartiale et efficace». Il ajoute alors, aux pp. 469 et 470:

*a* Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement—le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.

*b* La fonction publique fédérale au Canada fait partie de l'exécutif du gouvernement. À ce titre, sa tâche fondamentale est d'administrer et d'appliquer les politiques. Pour bien accomplir sa tâche, la fonction publique doit employer des personnes qui présentent certaines caractéristiques importantes parmi lesquelles les connaissances, l'équité et l'intégrité.

*c* Comme l'arbitre l'a indiqué, il existe une autre caractéristique qui est la loyauté. En règle générale, les fonctionnaires fédéraux doivent être loyaux envers leur employeur, le gouvernement du Canada. Ils doivent être loyaux envers le gouvernement du Canada et non envers le parti politique au pouvoir. Un fonctionnaire n'est pas tenu de voter pour le parti au pouvoir. Il n'est pas non plus tenu d'endosser publiquement ses politiques. [Je souligne.]

*f* On peut dire de la même manière que la fonction publique en Ontario fait partie de l'exécutif du gouvernement de l'Ontario. Les ministres et le conseil exécutif de l'Ontario seraient impuissants et tout à fait incapables d'administrer la province s'ils étaient privés de la fonction publique et laissés à leurs propres moyens. Il est impossible de gouverner un grand État moderne sans une fonction publique relativement importante qui participe efficacement à l'exercice du pouvoir politique sous la surveillance de ministres responsables:

*h* Cependant, si le fonctionnaire demeure toujours un citoyen il est aussi le serviteur de l'État. Détenteur d'une parcelle de la puissance publique, jouissant de prérogatives exorbitantes du droit commun, le fonctionnaire participe à l'exercice du pouvoir. C'est pour cette raison d'ailleurs que l'État lui impose l'obligation de loyauté et de réserve. Reconnaître au fonctionnaire le plein exercice de ses libertés politiques ne risquerait-il pas de compromettre l'action, voire l'existence même, des gouvernements en place, de paralyser la direction politique de la nation, d'ébranler la confiance des administrés dans l'administration advenant que le fonctionnaire se départisse de l'impartialité dont l'administration doit faire preuve?

(Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise* (Québec 1973), at pp. 347-48.)

So much for the branch of government which is regulated by the impugned provisions. As for the principles of government which they purport to fulfil, I think that much of what the Ontario Court of Appeal had to say on the matter in the case at bar is apposite. MacKinnon A.C.J.O. wrote:

In Vol. II, Part 2, of *Law and Custom of the Constitution* (1908), Anson wrote at p. 69 that a principal feature of responsible government in colonial Canada was "the permanent tenure of office by the civil servant, and his exclusion from the Legislature". It was clearly the intention of those who framed the *British North America Act, 1867*, that responsible government should continue in Canada when they stated in the preamble to that Act that Canada was to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

The history of the development of the Legislature's control over the civil service and the gradual emancipation of civil service appointment from political patronage is of importance in determining what conventions existed in this connection at the time of Confederation. It helps determine what was imported into Canada in this regard by the words "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

In 1914 the MacDonnell Commission in the United Kingdom, in its report, pointed out that, as part of responsible government, it was necessary to impose upon civil servants some restraint on partisan political activities; this in turn would ensure and promote efficiency of public administration by civil servants. This view was adopted in 1949 by the Masterman Committee in its report on "The Political Activities of Civil Servants".

MacKinnon A.C.J.O. then quoted a passage of the MacDonnell Committee Report including the following one which was also quoted later by Dickson C.J. in *Fraser, supra*, at p. 471:

Speaking generally, we think that if restrictions on the political activities of public servants were withdrawn two results would probably follow. The public might cease to believe, as we think they do now with reason believe, in the impartiality of the permanent Civil Service; and Ministers might cease to feel the well-merited confidence which they possess at present in the loyal and faithful support of their official subordinates; indeed

(Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise* (Québec 1973), aux pp. 347 et 348.)

Voilà en ce qui concerne la branche de gouvernement réglementée par les dispositions contestées. Quant aux principes de gouvernement qu'elles ont pour objet de favoriser, je pense qu'une bonne partie de ce qu'a dit la Cour d'appel de l'Ontario sur le sujet en l'espèce est juste. Le juge en chef adjoint MacKinnon écrit:

[TRADUCTION] Dans le volume II, partie 2 de l'ouvrage *Law and Custom of the Constitution* (1908), Anson écrit à la p. 69 qu'une caractéristique principale du gouvernement responsable dans le Canada colonial était «la permanence du fonctionnaire et son exclusion de la législature». Les rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* ont clairement voulu que le gouvernement responsable se perpétue au Canada lorsqu'ils ont affirmé dans le préambule de cette loi que le Canada devait avoir «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

L'historique de l'évolution du contrôle de la législature sur la fonction publique et de l'affranchissement progressif, du patronage politique, des nominations dans la fonction publique est important pour déterminer quelles conventions existaient à cet égard à l'époque de la Confédération. Cela aide à déterminer ce qu'on a voulu dire au Canada à ce sujet par les mots «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Au Royaume-Uni en 1914, la commission MacDonnell a souligné dans son rapport que, dans le cadre d'un gouvernement responsable, il était nécessaire d'imposer aux fonctionnaires des restrictions relativement aux activités politiques partisanes; cela permettrait d'assurer et de favoriser l'efficacité de l'administration publique par les fonctionnaires. Le comité Masterman a adopté ce point de vue en 1949 dans son rapport sur «The Political Activities of Civil Servants».

Le juge en chef adjoint MacKinnon cite alors un extrait du rapport du comité MacDonnell, dont le suivant repris plus tard par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser*, précité, à la p. 471:

[TRADUCTION] D'une manière générale, nous croyons que si les restrictions relatives aux activités politiques des fonctionnaires devaient être levées, cela aurait probablement deux conséquences. Le public pourrait cesser de croire, comme nous pensons qu'il le fait maintenant avec raison, en l'impartialité de la fonction publique permanente; et les ministres pourraient cesser de sentir la confiance bien méritée qu'ils possèdent à l'heure

they might be led to scrutinise the utterances or writings of such subordinates, and to select for positions of confidence only those whose sentiments were known to be in political sympathy with their own.

If this were so, the system of recruitment by open competition would provide but a frail barrier against Ministerial patronage in all but the earlier years of service; the Civil Service would cease to be in fact an impartial, non-political body, capable of loyal service to all Ministers and parties alike; the change would soon affect the public estimation of the Service, and the result would be destructive of what undoubtedly is at present one of the greatest advantages of our administrative system, and one of the most honourable traditions of our public life.

MacKinnon A.C.J.O. continued:

The Masterman Committee, in its summary of conclusions, stated that "the political neutrality of the Civil Service is a fundamental feature of British democratic government and is essential for its efficient operation. It must be maintained even at the cost of some loss of political liberty by certain of those who elect to enter the Service". A subsequent committee on the subject in the United Kingdom (the Armitage Committee) reported in the same fashion in 1978.

MacKinnon A.C.J.O. then proceeded to make findings which in my view are as crucial as they are unassailable:

Clearly there was a convention of political neutrality of Crown servants at the time of Confederation and the reasoning in support of such convention has been consistent throughout the subsequent years. Whether it was honoured fully at that time in practice is irrelevant. The consideration is, as stated earlier, not as to the social desirability of the legislation but rather the fact that historically there was such a convention existing in 1867. It is difficult to take exception to Mr. Justice Labrosse's conclusion that: "Public confidence in the civil service requires its political neutrality and impartial service to whichever political party is in power" (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.). The impugned provisions seem to do no more than reflect the existing convention.

actuelle dans l'appui loyal et fidèle de leurs fonctionnaires; en fait, ils pourraient être portés à examiner à fond les paroles et les écrits de leurs subordonnés et à choisir pour occuper des postes de confiance, seulement ceux dont ils savent qu'ils partagent les mêmes sympathies politiques.

Si tel était le cas, le système de recrutement par concours public constituerait seulement une barrière fragile contre le népotisme ministériel au cours de toutes les années de service sauf au début; la fonction publique cesserait en fait d'être un organisme impartial, apolitique, capable de loyaux services envers tous les ministres et les partis; le changement aurait rapidement des effets et le résultat serait destructif à l'égard de ce qui est sans aucun doute, à l'heure actuelle, l'un des plus grands avantages de notre système administratif et l'une des traditions les plus honorables de notre vie publique.

d Le juge en chef adjoint MacKinnon poursuit:

[TRADUCTION] Dans le résumé de ses conclusions, le comité Masterman affirme que «la neutralité politique de la fonction publique est une caractéristique fondamentale du gouvernement démocratique britannique et est essentielle à son fonctionnement efficace. Elle doit être maintenue même au prix d'une certaine perte de liberté politique par certains de ceux qui choisissent d'entrer dans la fonction publique». Un comité ultérieur constitué pour étudier le sujet au Royaume-Uni (le comité Armitage) a conclu de la même façon en 1978.

Le juge en chef MacKinnon a alors tiré des conclusions qui, à mon avis, sont aussi cruciales qu'inattaquables:

[TRADUCTION] De toute évidence il existait une convention de neutralité politique des employés de Sa Majesté à l'époque de la Confédération et le raisonnement à l'appui de cette convention est demeuré le même tout au long des années qui ont suivi. Qu'elle fut complètement respectée à cette époque en pratique est sans importance. Ce qui importe, comme je l'ai déjà dit, ce n'est pas le caractère souhaitable des dispositions de la loi du point de vue social mais plutôt le fait que, historiquement, cette convention existait en 1867. Il est difficile de ne pas approuver la conclusion de M. le juge Labrosse selon laquelle «La confiance du public dans la fonction publique exige sa neutralité politique et son impartialité dans la prestation de ses services, peu importe le parti politique au pouvoir» (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.) Les dispositions contestées semblent ne faire rien de plus que refléter la convention existante.

I agree with these findings. I would however express the last one in more positive terms: to me, the impugned provisions do not merely seem to reflect the existing convention; they clearly give it the additional force and precision of legislative effect, and they are constitutional provisions by nature and *prima facie* competent under s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*.

*b* I do not think that this *prima facie* conclusion can be altered by the negative parts of the above-described tests.

Far from violating a fundamental term or condition of the union as was the case in *Blaikie, supra*, the impugned provisions give additional legislative effect to one of its basic tenets, the principle of responsible government. In this respect, the impugned provisions bear a closer relationship to those of the federal *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, found constitutionally valid by this Court in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182.

I do not think either that the rules introduced by the impugned provisions can be said to be incompatible with the implementation of the federal principle.

I understand that, according to the appellants' first submission, the impugned provisions are related to the exclusively federal subject of federal elections (*Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, 5 A.C. 115), and that, according to their alternative submission, even if the impugned provisions are related to a provincial object, they cannot constitutionally extend to the federal subject of federal elections.

I doubt that either of these submissions reaches the level of the federal principle argument. But, be that as it may, I agree with neither of these submissions. I will deal with the second and alternative submissions in a separate chapter.

*j* As for the first submission, I take the view that it should be dismissed for the following reasons.

Je suis d'accord avec ces conclusions. Je formulerais toutefois la dernière en des termes plus positifs: à mon avis, les dispositions contestées ne semblent pas simplement refléter la convention existante; elles lui confèrent clairement la force et la précision additionnelles de l'effet législatif et elles sont de nature constitutionnelle et valides à première vue en vertu du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

*b* Je ne crois pas que cette conclusion tirée à première vue puisse être modifiée par les parties négatives des critères déjà décrits.

*c* Loin de violer une condition fondamentale de l'union comme c'était le cas dans l'affaire *Blaikie*, précitée, les dispositions contestées confèrent un effet législatif additionnel à l'un de ses préceptes fondamentaux, le principe du gouvernement responsable. À cet égard, les dispositions contestées sont plus rapprochées de celles de la *Loi sur les langues officielles* fédérale, S.R.C. 1970, chap. O-2, que cette Cour a jugées constitutionnelles dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182.

*f* Je ne crois pas non plus que l'on puisse dire que les règles introduites par les dispositions contestées sont incompatibles avec la mise en œuvre du principe fédéral.

*g* Si je comprends bien, suivant le premier argument des appellants, les dispositions contestées ont trait au domaine de compétence exclusive fédérale que sont les élections fédérales (*Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, 5 A.C. 115) et, suivant leur argument subsidiaire, même si les dispositions contestées ont trait à un objet provincial, elles ne peuvent pas constitutionnellement aller jusqu'à s'appliquer à la matière fédérale que constituent les élections fédérales.

*i* Je doute que l'un ou l'autre de ces arguments atteigne le niveau de l'argument du principe fédéral. Quoi qu'il en soit, je ne suis d'accord avec ni l'un ni l'autre de ces arguments. Je traiterai du second argument, l'argument subsidiaire, dans un chapitre distinct.

*j* Quant au premier argument, je suis d'avis qu'il doit être rejeté pour les motifs suivants. Les dispo-

The impugned provisions constitute properly framed legislation which in no way affects the validity of federal elections or eligibility to the House of Commons, or qualifications or disqualifications to sit in this House; nor do they make the political activities which they contemplate unlawful; what they do is to create a disability from membership in the Ontario Public Service, thereby affecting a provincially created relationship; the impugned provisions are not aimed specifically at federal political activity; they are comprehensively aimed at regulating the political activities of Ontario public servants as such, that is as members of the executive branch of government, in order to safeguard their neutrality and impartiality. With all due respect, I can find no merits in the appellants' first submission.

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

However, let me say one word of caution before I conclude this chapter. The fact that a province can validly give legislative effect to a prerequisite condition of responsible government does not necessarily mean it can do anything it pleases with the principle of responsible government itself. Thus, it is uncertain, to say the least, that a province could touch upon the power of the Lieutenant-Governor to dissolve the legislature, or his power to appoint and dismiss ministers, without unconstitutionally touching his office itself. It may very well be that the principle of responsible government could, to the extent that it depends on those important royal powers, be entrenched to a substantial extent.

But there may be more to it.

In *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, the Judicial Committee invalidated legislative provisions which empowered the electors of Manitoba to legislate directly by way of a referendum procedure. The Judicial Committee found the legislation in question invalid on some-

sitions contestées sont des mesures législatives bien formulées qui ne touchent aucunement ni à la validité des élections fédérales ou à l'éligibilité à la Chambre des communes, ni aux qualifications nécessaires pour siéger en cette chambre ou à l'inabilité à y siéger; elles ne rendent pas non plus illégales les activités politiques qu'elles envisagent; elles ne font que créer une incapacité de faire partie de la fonction publique de l'Ontario, portant ainsi atteinte à une relation créée par la province; les dispositions contestées ne visent pas spécifiquement les activités politiques fédérales; elles sont globalement destinées à réglementer les activités politiques des fonctionnaires de l'Ontario en tant que tels, c'est-à-dire en tant que membres de l'exécutif du gouvernement, dans le but de préserver leur neutralité et leur impartialité. Avec égards, je ne puis voir aucun bien-fondé dans le premier argument des appellants.

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

Qu'il me soit cependant permis de faire une mise en garde avant de terminer ce chapitre. Le fait qu'une province puisse validement conférer un effet législatif à une condition préalable d'un gouvernement responsable ne signifie pas nécessairement qu'elle peut faire tout ce qui lui plaît du principe du gouvernement responsable lui-même. Ainsi, il n'est pas certain, à tout le moins, qu'une province puisse toucher au pouvoir du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'assemblée législative, ou à son pouvoir de nommer et de destituer les ministres, sans toucher de manière inconstitutionnelle à sa charge elle-même. Il se peut fort bien que le principe du gouvernement responsable puisse, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible.

Mais il y a peut-être plus.

Dans *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, le comité judiciaire a annulé des dispositions législatives qui permettaient aux électeurs du Manitoba de légiférer directement par voie de référendum. Le comité judiciaire a conclu que les dispositions en question étaient nulles pour

what narrow grounds related to the office of Lieutenant-Governor. The Judicial Committee was undoubtedly conscious of the fact that the technical flaws it found in the legislation could easily be corrected without any effect on the major feature of the legislation. Viscount Haldane, who delivered the reasons of the Judicial Committee, accordingly pronounced a deliberate and important *obiter* at p. 945, reading as follows:

No doubt a body, with a power of legislation on the subjects entrusted to it so ample as that enjoyed by a Provincial Legislature in Canada, could, while preserving its own capacity intact, seek the assistance of subordinate agencies, as had been done when in *Hodge v. The Queen* [9 App. Cas. 117], the Legislature of Ontario was held entitled to entrust to a Board of Commissioners authority to enact regulations relating to taverns; but it does not follow that it can create and endow with its own capacity a new legislative power not created by the Act to which it owes its own existence. Their Lordships do no more than draw attention to the gravity of the constitutional questions which thus arise.

While this *obiter* is confined to the particular facts of that case, it may stand for the wider proposition that the power of constitutional amendment given to the provinces by s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* does not necessarily comprise the power to bring about a profound constitutional upheaval by the introduction of political institutions foreign to and incompatible with the Canadian system.

### 3. *The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers*

Section 92(4) of the *Constitution Act, 1867* empowers the province to make laws in relation to "The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers". Parliament has been given a corresponding albeit differently described power by s. 91(8) relating to "The fixing of and providing for the Salaries and Allowances of Civil and other Officers of the Government of Canada".

des motifs quelque peu restreints liés à la charge de lieutenant-gouverneur. Le comité judiciaire était sans doute conscient du fait que les vices qu'il a constatés dans les dispositions de la loi pouvaient être facilement corrigés sans aucunement modifier la caractéristique principale de la loi en question. Le vicomte Haldane, qui a rédigé les motifs du comité judiciaire, a donc de propos délibéré formulé une opinion incidente mais importante, à la p. 945:

[TRADUCTION] Nul doute qu'un organisme jouissant sur les matières qui relèvent de sa compétence, d'un pouvoir de légiférer aussi étendu que celui qui appartient à une législature provinciale au Canada pourrait, tout en préservant l'intégrité de ses propres pouvoirs, se faire aider par des organismes subordonnés. Ceci était le cas lorsque, dans l'affaire *Hodge v. The Queen* [9 App. Cas. 117], il a été décidé que la législature de l'Ontario avait le droit de confier à un bureau de commissaires le pouvoir d'édicter des règlements relatifs aux tavernes; il ne s'ensuit pas toutefois qu'il peut créer et doter de sa propre capacité un nouveau pouvoir législatif non créé par la loi à laquelle il doit sa propre existence. Leurs Seigneuries ne font ici rien d'autre que souligner la gravité des questions constitutionnelles qui se posent à cet égard.

Bien que cette opinion incidente ne vise que les faits particuliers de cette affaire, elle peut étayer la proposition plus générale que le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

### 3. *La création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux*

Le paragraphe 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilité la province à légiférer concernant «la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux». Le Parlement s'est vu conférer un pouvoir correspondant, quoique décrit différemment au par. 91(8), concernant «la fixation et le paiement des traitements et allocations des fonctionnaires civils et autres du gouvernement du Canada».

Neither of these provisions seems to have been the object of much comment, doctrinal or judicial.

In the second edition of *The Law of the Canadian Constitution* (1904), at p. 261, Clement writes that the item covered by s. 92(4) "is the guarantee for the continuance of 'responsible government.'" In *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247, the Judicial Committee implicitly overruling *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 S.C.R. 575, relied upon s. 92(4), in combination with s. 92(1) and (14), to find *intra vires* an Ontario statute empowering the Lieutenant-Governor to confer precedence by patents upon such members of the bar of the province as he thinks fit to select.

However, what matters much more than the paucity of comment is the fact that the powers bestowed upon Parliament and the legislature by ss. 91(8) and 92(4) of the *Constitution Act, 1867* have been exercised on a large scale without challenge ever since 1867. The lack of challenge does not mean that these powers are either axiomatic or unimportant. If the federal level of government were made entirely dependent upon provincial instrumentalities by the Constitution, Canada would run the risk of becoming but a loose and precarious confederacy. On the other hand, it might become a highly centralized state if the converse situation were to prevail. Furthermore, the rules of responsible government might become hopelessly blurred in such hypothetical cases. Sections 91(8) and 92(4) of the *Constitution Act, 1867* thus constitute provisions of fundamental importance, essential to the federal principle and to responsible government.

The impugned provisions are aimed at federal as well as provincial political activities and constitute a term or condition of tenure of provincial office, enforced by compulsory resignation or dismissal. Their object is to ensure in this respect, not partial virtue, but global political independence for provincial officers. Far from violating the federal principle, their aim is to reinforce it and to secure the operation of responsible government within a federal framework.

Aucune de ces dispositions ne semble avoir fait l'objet de beaucoup de commentaires, ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence.

<sup>a</sup> Dans la seconde édition de l'ouvrage intitulé *The Law of the Canadian Constitution* (1904), à la p. 261, Clement écrit que le par. 92(4) vise [TRADUCTION] «à assurer le maintien d'un «gouvernement responsable». Dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247, le comité judiciaire, rejetant implicitement l'arrêt *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 R.C.S. 575, s'est fondé sur le par. 92(4), pris conjointement avec les par. 92(1) et (14), pour juger constitutionnelle une loi ontarienne qui habilitait le lieutenant-gouverneur à accorder, par lettres patentes, préséance aux membres du barreau de la province qu'il voulait bien désigner.

<sup>d</sup> Toutefois, ce qui importe beaucoup plus que la rareté des commentaires est le fait que les pouvoirs accordés au Parlement et aux législatures par les par. 91(8) et 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont été largement exercés sans aucune contestation depuis 1867. L'absence de contestation ne signifie pas que ces pouvoirs sont axiomatiques ou sans importance. Si la Constitution faisait entièrement reposer le palier fédéral de gouvernement sur des rouages provinciaux, le Canada courrait le risque de devenir une confédération faible et précaire. Par contre, dans le cas inverse, il pourrait devenir un État très centralisé. En outre, les règles du gouvernement responsable pourraient devenir désespérément floues dans ces cas hypothétiques. Les paragraphes 91(8) et 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont donc des dispositions d'une importance fondamentale et essentielles au principe fédéral et au gouvernement responsable.

<sup>h</sup>

<sup>i</sup> Les dispositions contestées visent les activités politiques tant fédérales que provinciales et constituent une condition de la durée d'une charge provinciale, qui doit être observée sous peine de démission ou destitution obligatoires. Elles ont pour objet d'assurer à cet égard non pas une impartialité incomplète, mais l'indépendance politique globale des fonctionnaires provinciaux. Loin de violer le principe fédéral, elles visent à le renforcer et à assurer le fonctionnement d'un gouvernement responsable à l'intérieur d'un régime fédéral.

In my opinion, the constitutional validity of the impugned provisions may also be supported under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* which in any event buttresses the argument already made under s. 92(1).

#### *4. The McKay Case and Other Related Matters*

The appellants sought to support their main challenge, but more particularly their alternative challenge to the impugned provisions, by relying on several judgments of this Court, among which *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, and *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218.

I propose to discuss only the *McKay* case on which appellants put special reliance.

In *McKay*, the Court held that a municipal by-law prohibiting the display of signs in a residential zone was inapplicable to federal election signs.

Moses and Sarah *McKay* had been convicted by a Justice of the Peace on a charge of unlawfully maintaining a sign on their premises, contrary to the by-law in question, and fined \$25 each. The sign was displayed by the appellants on the railing of a veranda forming part of their residence during the period of a federal election. The sign urged the people to vote for a certain candidate. The by-law forbade all display of signs except those of a type not including the sign displayed by the appellants. The validity of the by-law or of the enabling legislation was not raised, but it was contended by the appellants that, on its true construction, the by-law was not intended to have the effect of forbidding the use of such a sign during the period of an election to Parliament.

On a stated case, the conviction was quashed by a judge of the Supreme Court of Ontario—[1963]

À mon avis, la constitutionnalité des dispositions contestées peut aussi être étayée en vertu du par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, en tout état de cause, appuie l'argument déjà soumis en vertu du par. 92(1).

#### *4. L'arrêt McKay et d'autres affaires connexes*

Les appellants cherchent à étayer leur moyen principal, mais plus particulièrement leur moyen subsidiaire dirigé contre les dispositions contestées, en invoquant plusieurs arrêts de cette Cour dont *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248, *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, et *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218.

<sup>a</sup> Je me propose d'analyser seulement l'arrêt *McKay* sur lequel les appellants se sont appuyés plus particulièrement.

<sup>e</sup> Dans l'arrêt *McKay*, la Cour a conclu qu'un règlement municipal interdisant l'installation d'enseignes dans un secteur résidentiel ne s'appliquait pas aux pancartes placées dans le cadre d'une élection fédérale.

<sup>f</sup> Un juge de paix avait reconnu Moses et Sarah *McKay* coupables d'avoir placé illégalement une enseigne sur leur propriété, contrairement au règlement en question, et les avait condamnés à une amende de 25 \$ chacun. Les appellants avaient installé la pancarte sur le garde-fou de la galerie qui faisait partie de leur résidence, au cours d'une campagne électorale fédérale. La pancarte incitait les gens à voter pour un certain candidat. Le règlement interdisait toute installation d'enseignes sauf celles d'un type déterminé dont ne faisait pas partie la pancarte posée par les appellants. Les appellants n'ont pas soulevé la question de la validité du règlement ou de la loi habilitante, mais ils ont prétendu que, correctement interprété, le règlement n'avait pas été conçu pour interdire l'utilisation d'une telle pancarte dans le cadre d'une élection au Parlement.

<sup>j</sup> Suite à un exposé de cause, un juge de la Cour suprême de l'Ontario a annulé la déclaration de

2 O.R. 162—but restored by the Court of Appeal, [1964] 1 O.R. 641.

This Court, by a majority of five to four, allowed the appeal and set aside the conviction.

Cartwright J., as he then was, delivered the reasons of the majority. He took the view that the Justice of the Peace and the Court of Appeal had given effect to the by-law as if it specifically provided that, during an election to Parliament, no owner of property in the particular zone covered by the by-law should display any sign soliciting votes for a candidate at such election. Such an enactment, he held, would be *ultra vires* of the province as being in relation to proceedings at a federal election.

Furthermore, Cartwright J. wrote at p. 804: "A political activity in the federal field which has theretofore been lawful can . . . be prohibited only by Parliament". And, at p. 805, he went on to say that if the by-law was construed as it had been by the Justice of the Peace and the Court of Appeal, "it does not merely affect, it destroys the right of the appellants to engage in a form of political activity in the federal field which has heretofore been possessed and exercised by electors without question". Cartwright J. accordingly concluded that the by-law should be "read down" so that its operation be restricted to matters within the power of the enacting body, which included neither proceedings at a federal election nor the right of federal electors to engage in a lawful form of political activity.

Martland J. delivered the reasons of the minority. He held in essence that the by-law was a law of general application in relation to property. It should apply to the facts of that case because, assuming it had some effect on proceedings at federal elections and on the means of propaganda used by an individual or by a political party during a federal election campaign, such effect was permissible as being incidental and in no way interfer-

culpabilité ([1963], 2 O.R. 162), mais la Cour d'appel l'a rétablie ([1964] 1 O.R. 641).

Cette Cour, à la majorité de cinq contre quatre, a accueilli le pourvoi et annulé la déclaration de culpabilité.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, a rédigé les motifs des juges formant la majorité. À son avis, le juge de paix et la Cour d'appel avaient appliqué le règlement comme s'il interdisait spécifiquement, au cours d'une élection au Parlement, à tout propriétaire foncier dans le secteur visé par le règlement d'installer une enseigne invitant les gens à voter pour un candidat à cette élection. Une telle disposition, a-t-il conclu, outrepasserait la compétence de la province pour le motif qu'elle se rapporte à des activités relatives à une élection fédérale.

Le juge Cartwright ajoute à la p. 804: [TRADUCTION] «Une activité politique dans le domaine fédéral qui a jusqu'à maintenant été légale ne peut [...] être interdite que par le Parlement». Il poursuit, à la p. 805, en disant que si le règlement était interprété comme l'avaient fait le juge de paix et la Cour d'appel, [TRADUCTION] «il ne [ferait] pas qu'affecter, il anéanti[rait] le droit des appellants d'exercer une forme d'activité politique dans le domaine fédéral, dont les électeurs ont jusqu'à maintenant joui et bénéficié sans contredit». Le juge Cartwright a par conséquent conclu que le règlement devait recevoir [TRADUCTION] «une interprétation atténuée» de manière à ne s'appliquer qu'à des matières qui relèvent de la compétence de l'organisme qui l'a adopté, ce qui ne comprenait ni les activités relatives à une élection fédérale ni le droit des électeurs au niveau fédéral de se livrer à une forme licite d'activité politique.

Le juge Martland a rédigé les motifs des juges formant la minorité. Il a conclu essentiellement que le règlement était une disposition d'application générale relative à la propriété. Il devait s'appliquer aux faits de cette affaire car, en supposant qu'il avait quelque effet sur les activités relatives à une élection fédérale et sur les moyens de propagande utilisés par un individu ou un parti politique au cours d'une campagne électorale fédérale, cet

ing with the working of parliamentary institutions of Canada.

The appellants submit that *McKay* is determinative of the case at bar. They contend that the two cases raise an almost identical issue, that the impugned provisions prohibit certain types of participation in federal elections and that such prohibitions are unconstitutional on the authority of *McKay*.

Both Labrosse J. and the Ontario Court of Appeal distinguished *McKay* from the case at bar and, respectfully, I think they were right in doing so.

The prohibition in *McKay* was an absolute one, and it was enforced with penal consequences. In his reasons for judgment in *McKay*, Cartwright J. repeatedly emphasized the prohibition aspect of the by-law under consideration in that case. I should add that municipal by-laws of the same nature are in force by the thousand in the cities and towns of Canada, a consideration which, although it was not referred to in *McKay*, may explain the reluctance of the majority to accept the proposition that by-laws of this type affected the proceedings at federal elections in an incidental manner only.

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

The challenged provisions in effect confer rights and protect the service by making . . . provisions for leaves of absence and by securing a position in the service to those who cease to hold elective office within five years.

effet était acceptable parce qu'il était accessoire et qu'il ne portait atteinte en aucune façon au fonctionnement des institutions parlementaires du Canada.

<sup>a</sup> Les appellants font valoir que l'arrêt *McKay* est déterminant en l'espèce. Ils prétendent que les deux affaires soulèvent une question presque identique, que les dispositions contestées interdisent certains types de participation à des élections fédérales et que ces interdictions sont inconstitutionnelles suivants l'arrêt *McKay*.

<sup>b</sup> Le juge Labrosse et la Cour d'appel de l'Ontario ont tous les deux établi une distinction entre l'affaire *McKay* et la présente espèce et, avec égards, je crois qu'ils ont eu raison de le faire.

<sup>c</sup> Dans l'affaire *McKay*, l'interdiction était absolue et elle était sanctionnée par une peine. Dans les motifs de jugement qu'il a rédigés dans l'affaire *McKay*, le juge Cartwright souligne à maintes reprises l'aspect prohibitif du règlement alors à l'étude. J'ajouterais que des milliers de règlements municipaux de même nature sont en vigueur dans les cités et villes du Canada, ce qui, même si on ne l'a pas mentionné dans l'arrêt *McKay*, peut expliquer l'hésitation de la majorité à accepter la proposition que les règlements de ce type ne touchaient que de façon accessoire aux activités relatives à une élection fédérale.

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

[TRADUCTION] Les dispositions contestées confèrent effectivement des droits et protègent la fonction publique en prévoyant [...] des congés et en assurant un poste dans la fonction publique à ceux qui cessent d'occuper un poste élu dans les cinq ans.

Such regulations in my view are quite distinct from a blanket prohibition.

The distinction between prohibition and regulation is admittedly more frequently made in administrative law than in constitutional law. But I believe it is relevant in a case such as the case at bar where what has to be measured is the impact, direct or indirect, of provincial legislation upon a federal area of legislative competence. I am of the view that, whatever effect the impugned provisions may have upon the subject of federal elections and the right of federal electors to engage in political activities, it is an indirect or incidental effect; and the reason is that, far from being in the nature of a prohibition, they are in fact permissive at certain conditions which are imposed as incidents of the status of provincial public servants.

The *McKay* case can be further distinguished by the fact that s. 71 of the *Canada Elections Act*, S.C. 1960, c. 39, provided that "Every printed advertisement, handbill, placard, poster or dodger having reference to any election shall bear the name and address of its printer and publisher . . ." It had been submitted by Counsel for the appellants *McKay* that Parliament had thereby "occupied the field". Cartwright J. did not find it necessary to reach a definite conclusion on this submission but he said he inclined to agree with it and, at p. 805, he commented on s. 71 of the *Canada Elections Act* as follows:

This indicates that Parliament contemplates that persons other than candidates may post up placards and posters having reference to an election and subjects the practice to a limited form of regulation. The impugned by-law forbids such posting up altogether on residential property, which will often be the only place on which the owner of that property has the right to post up such a placard.

In regulating the posting of placards and posters during a federal election, Parliament had implicitly recognized the right to do so, subject to the regulations. The by-law under consideration in *McKay* deprived the appellants of that right and collided with a paramount provision of the *Canada*

À mon avis, cette réglementation n'a rien d'une prohibition de portée générale.

La distinction entre interdiction et réglementation est certes plus fréquente en droit administratif qu'en droit constitutionnel. Mais je crois qu'elle est pertinente dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il faut apprécier les répercussions, directes ou indirectes, d'une loi provinciale sur un champ de compétence législative fédérale. J'estime que, quel que soit l'effet que les dispositions contestées peuvent avoir sur le sujet des élections fédérales et sur le droit des électeurs fédéraux d'exercer des activités politiques, il s'agit d'un effet indirect ou accessoire; et la raison en est que, loin de tenir d'une interdiction, elles accordent en fait une faculté à certaines conditions qui sont imposées comme accessoires au statut de fonctionnaires provinciaux.

On peut établir une autre distinction d'avec l'affaire *McKay* du fait que l'art. 71 de la *Loi électorale du Canada*, S.C. 1960, chap. 39, prévoyait que «Tout imprimé de la nature d'une annonce, d'un prospectus, d'un placard, d'une affiche ou d'une circulaire ayant trait à une élection doit porter le nom et l'adresse de l'imprimeur et de l'éditeur . . .» L'avocat des appellants *McKay* avait soutenu que le Parlement avait ainsi [TRADUCTION] «occupé le domaine». Le juge Cartwright n'a pas estimé nécessaire de tirer une conclusion définitive sur cet argument, mais il a affirmé qu'il était enclin à l'accepter et, à la p. 805, il a commenté ainsi l'art. 71 de la *Loi électorale du Canada*:

[TRADUCTION] Cela indique que le Parlement envisage que des personnes autres que les candidats peuvent poser des placards et des affiches ayant trait à une élection et qu'il assujettit cette pratique à une forme limitée de réglementation. Le règlement contesté interdit tout à fait cet affichage sur une propriété résidentielle qui est souvent le seul endroit où le propriétaire a le droit d'apposer un tel placard.

En réglementant l'installation de placards et d'affiches pendant une élection fédérale, le Parlement avait implicitement reconnu le droit de le faire, sous réserve des règlements. Le règlement à l'étude dans l'affaire *McKay* privait les appellants de ce droit et se heurtait à une disposition de la *Loi*

*Elections Act.* In the case at bar, it has not been argued that the impugned provisions were in conflict with any federal enactment.

It seems to me also that the provisions which are impugned in the case at bar present distinguishing features which are almost unique in that they form part of an integrated scheme of both orders of government in Canada. Under s. 32 of *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, federal civil servants are also prevented, except under certain conditions, from engaging into political activities in the provincial as well as in the federal field. And, according to the Ontario Court of Appeal, six other provinces and the two territories have enacted similar legislation. This integrated scheme, considered as a whole, is meant to protect the principle of responsible government which is common to both orders of government. To accept the appellants' submission would mean that the federal legislation is unconstitutional in so far as it is directed at political activities in the provincial field. But so to hold would be to create a constitutional gap which neither level of government would be able to fill since obviously, it is not open to Parliament to determine the terms and conditions under which provincial civil servants hold office in Ontario any more than it is open to Ontario to do the same with respect to federal civil servants. But to leave a constitutional gap impossible to fill even by the joint legislative action of both orders of government violates the principle according to which, under the *Constitution Act, 1867*, the distribution of legislative competences is an exhaustive one.

The fallacy of the appellants' position, this being said with respect, is reflected in the following submission written in their factum:

It is submitted that control over political activity by civil servants in federal elections is not integral to the provincial objective of maintaining impartiality in the development and application of public policy in Ontario because:

- (1) federal and provincial governments have different areas of jurisdiction, and federal and provincial elections raise different political issues.

*électorale du Canada* qui l'emportait sur lui. On n'a pas fait valoir en l'espèce que les dispositions contestées entraient en conflit avec une disposition fédérale.

<sup>a</sup> Il me semble aussi que les dispositions contestées en l'espèce comportent des traits distinctifs presque uniques en ce sens qu'elles font partie d'un régime intégré de deux ordres de gouvernement au Canada. L'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, interdit également aux fonctionnaires, sauf dans certaines circonstances, de participer à des activités politiques aussi bien au niveau provincial que fédéral. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, six autres provinces et les deux territoires ont adopté des dispositions semblables. Considéré dans son ensemble, ce régime intégré vise à protéger le principe du gouvernement responsable, commun aux deux ordres de gouvernement. Accepter l'argument des appellants signifierait que la mesure législative fédérale est inconstitutionnelle dans la mesure où elle touche aux activités politiques dans le domaine provincial. Mais cette conclusion aurait pour effet de créer une lacune constitutionnelle qu'aucun des deux paliers de gouvernement ne serait capable de combler puisque, évidemment, il n'est pas loisible au Parlement de déterminer les conditions auxquelles les fonctionnaires provinciaux détiennent une charge en Ontario, pas plus que l'Ontario ne peut le faire à l'égard des fonctionnaires fédéraux. Cependant, laisser une lacune constitutionnelle impossible à combler même par l'action législative conjointe des deux ordres de gouvernement viole le principe selon lequel, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le partage des compétences législatives est exhaustif.

<sup>b</sup> Avec égards, l'erreur dans la position des appellants se reflète dans l'argument suivant qu'ils ont soumis dans leur mémoire:

[TRADUCTION] Nous soumettons que le contrôle de l'activité politique des fonctionnaires lors d'élections fédérales ne fait pas partie intégrante de l'objectif provincial de maintenir l'impartialité dans l'élaboration et l'application d'une politique générale en Ontario parce que:

- <sup>j</sup> (1) les gouvernements fédéral et provincial ont des champs de compétence différents, et les élections fédérales et provinciales soulèvent des questions politiques différentes.

I have a few comments to make on this submission. First, it does not make allowance for nor respond to the paragraph of the agreed statement of facts according to which the organization and philosophy of the various political parties both federally and provincially are agreed to be the same.

Furthermore, and quite apart from that paragraph of the agreed statement of facts, it seems to me that the submission expresses a point of view totally divorced from the facts of political life in a federation such as Canada, and from certain features of the Canadian Constitution itself.

Under the *Constitution Act, 1867*, some legislative powers are shared by Parliament and the legislatures, as in the case of old age pensions, agriculture and immigration.

Other areas of constitutional competence are closely complementary. Thus the criminal law power is federal and the power over the administration of justice is provincial.

But even the fact that, in many areas, legislative competence is distributed in exclusive terms, does not change the nature of politics and political activity which is essentially to choose between various priorities. Should more of the public funds be spent on the armed forces, an exclusively federal field, or on education, an exclusively provincial one? Such a dilemma could arise in a federal as well as in a provincial election for there is no specific forum for it. The plain fact is that even in a federation with divided jurisdictions, the object of the political discourse, the ultimate form of political activity, remains indivisible.

It follows therefore that if Ontario wanted to ensure the impartiality of its public servants, it had no choice but to include political activities in the federal field in the impugned provisions. The alternative would have made it miss its target altogether. The effect of these provisions on federal politi-

J'ai quelques observations à faire au sujet de cet argument. Premièrement, il ne tient pas compte de l'alinéa de l'exposé conjoint des faits selon lequel l'organisation et la philosophie des différents partis politiques tant fédéraux que provinciaux sont reconnues comme étant les mêmes, et il n'y apporte aucune réponse.

En outre, et indépendamment de cet alinéa de l'exposé conjoint des faits, ce moyen me semble exprimer un point de vue qui ne tient aucun compte des réalités de la vie politique dans une fédération comme le Canada et de certaines caractéristiques de la Constitution canadienne elle-même.

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement et les assemblées législatives se partagent certains pouvoirs législatifs comme, par exemple, en matière de pensions de vieillesse, d'agriculture et d'immigration.

D'autres domaines de compétence constitutionnelle sont étroitement complémentaires. Ainsi la compétence en matière de droit criminel est fédérale et la compétence en matière d'administration de la justice est provinciale.

Mais même le fait que, dans de nombreux domaines, la compétence législative soit partagée de manière exclusive ne change pas la nature de la politique et de l'activité politique qui consiste essentiellement à choisir entre diverses priorités. Devrait-on consacrer davantage de fonds publics aux forces armées, un domaine de compétence exclusivement fédérale, ou à l'éducation, un domaine de compétence exclusivement provinciale? Un tel dilemme pourrait surgir aussi bien dans une élection fédérale que dans une élection provinciale car il n'y a pas de tribune spéciale pour traiter cette question. Le fait est que même dans une fédération qui présente des compétences partagées, l'objet du débat politique, la forme ultime d'activité politique, demeure indivisible.

Il en résulte donc que, si l'Ontario voulait assurer l'impartialité de ses fonctionnaires, il devait nécessairement inclure dans les dispositions contestées les activités politiques liées au domaine fédéral, sinon il aurait complètement raté son objectif. L'effet de ces dispositions sur les activités politi-

cal activities is not only incidental, it is necessarily incidental.

V

### The Fundamental Rights and Freedoms Argument

In their factum, the appellants made the following argument:

... Canadian constitutional jurisprudence recognizes the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens of this country to participate in federal political activities. No province has the power to reduce or to derogate from these rights and freedoms.

They sought to support this submission by referring *inter alia* to *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285.

Their counsel then launched into an oral argument based upon certain statements made in the unanimous judgment of this Court in *Fraser* and more particularly upon the following passage at pp. 462-63:

... "freedom of speech" is a deep-rooted value in our democratic system of government. It is a principle of our common law constitution, inherited from the United Kingdom by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

Counsel also referred to pp. 466-68 of *Fraser* relating to the balance that has to be struck between a federal employee's freedom of expression and the government's desire to maintain an impartial public service and stating the principles which ought to guide the balancing of conflicting values, starting with the proposition that some speech by public servants concerning public issues must be permitted. In the same pages, the factors to be taken into consideration are underlined, including the growth of the public sector, the inadmissibility of a blanket prohibition which would deny fundamental democratic rights to far too many people, the relative position of individual public servant within the service and the like.

ques fédérales n'est pas qu'accessoire, il est nécessairement accessoire.

V

### "L'argument relatif aux droits et libertés fondamentaux"

Les appellants soumettent l'argument suivant dans leur mémoire:

[TRADUCTION] La jurisprudence constitutionnelle canadienne reconnaît l'existence de certains droits et de certaines libertés politiques fondamentaux pour les citoyens de ce pays de participer aux activités politiques fédérales. Aucune province n'a le pouvoir de réduire ces droits et libertés ou d'y déroger.

Ils ont cité notamment, à l'appui de cet argument, les arrêts *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

Leur avocat a ensuite entamé une plaidoirie fondée sur certaines affirmations contenues dans l'arrêt unanime rendu par cette Cour dans l'affaire *Fraser*, et plus particulièrement sur le passage suivant, aux pp. 462 et 463:

... la «liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'avocat a également renvoyé aux pp. 466 à 468 de l'arrêt *Fraser* où l'on traite de l'équilibre qu'il faut établir entre la liberté d'expression d'un employé fédéral et la volonté du gouvernement de maintenir une fonction publique impartiale, et où l'on formule les principes qui devraient servir de guide pour équilibrer des valeurs contradictoires, à commencer par la proposition selon laquelle il est permis aux fonctionnaires de s'exprimer dans une certaine mesure sur des questions d'intérêt public. On souligne dans les mêmes pages les facteurs qui doivent être pris en considération, notamment la croissance du secteur public, l'inadmissibilité d'une interdiction générale qui refuserait à beaucoup trop de personnes l'exercice de droits démocratiques fondamentaux, la position relative du fonctionnaire en tant qu'individu à l'intérieur de la fonction publique, et ainsi de suite.

Counsel argued that the same kind of free speech is in issue in the *Fraser* case and in the case at bar and he submitted that the impugned provisions do not comply with the principles and guidelines stated in *Fraser*. Counsel argued more particularly that the impugned provisions are overbroad in that they apply to all civil servants, and, in some cases, to all Crown employees without any distinction between the types of jobs they perform. Furthermore, the impugned provisions cover too wide a range of political activities.

It can be seen that this line of argument is tantamount to one based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It constitutes a valiant attempt to go to the validity of the impugned provisions without the help of the *Charter*. I have never heard the overbreadth argument being made in a distribution of powers case except perhaps where colourability was alleged. As for the test relating to the balancing of conflicting values, it is of course highly relevant under s. 1 of the *Charter*, or in a common law or administrative law context such as the *Fraser* case. But in a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation.

Perhaps the *Fraser* case might have given some ammunition to the appellants if they had been allowed to rely on the *Charter*. I refrain from expressing any view on this point. But one thing is certain: the *Fraser* case had nothing to do with the validity of legislation in a distribution of powers sense, and, in my view, it does not help the appellants.

Perhaps the appellants' strongest argument was the one based on the existence in Canada of certain fundamental rights to participate in certain political activities. For this argument, they relied

L'avocat soutient que c'est le même genre de liberté d'expression qui est en cause dans l'affaire *Fraser* et en l'espèce et il prétend que les dispositions contestées ne sont pas conformes aux principes et aux directives énoncés dans l'arrêt *Fraser*. Il fait valoir plus particulièrement que les dispositions contestées ont une portée trop large du fait qu'elles s'appliquent à tous les fonctionnaires et, dans certains cas, à tous les employés de Sa Majesté sans aucune distinction entre les genres de fonctions qu'ils remplissent. En outre, les dispositions contestées visent un trop large éventail d'activités politiques.

On peut constater que ce genre d'argument équivaut à un argument fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il constitue une valeureuse tentative de s'attaquer à la validité des dispositions contestées sans l'aide de la *Charte*. Je n'ai jamais entendu parler de l'argument relatif à la portée trop large dans le contexte d'une affaire de partage des pouvoirs sauf peut-être dans des cas où on alléguait qu'il y avait législation déguisée. Quant au critère relatif à l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires, il est évidemment tout à fait pertinent en vertu de l'article premier de la *Charte*, ou dans un contexte de *common law* ou de droit administratif comme dans l'affaire *Fraser*. Mais dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative.

L'arrêt *Fraser* aurait peut-être pu apporter de l'eau au moulin des appellants s'ils avaient été autorisés à invoquer la *Charte*. Je m'abstiens d'exprimer quelque opinion sur ce point. Cependant, une chose est certaine: l'affaire *Fraser* n'avait rien à voir avec la validité d'une mesure législative sur le plan du partage des pouvoirs et, à mon avis, elle n'est d'aucun secours aux appellants.

Le meilleur argument des appellants est peut-être celui fondé sur l'existence, au Canada, de droits fondamentaux de participer à certaines activités politiques. À l'appui de cet argument, ils ont

on such cases as *Reference re Alberta Statutes* and *Switzman v. Elbling, supra*.

There is no doubt in my mind that the basic structure of our Constitution, as established by the *Constitution Act, 1867*, contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels. In the words of Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*, at p. 133, "such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs . . ." and, in those of Abbott J. in *Switzman v. Elbling*, at p. 328, neither a provincial legislature nor Parliament itself can "abrogate this right of discussion and debate". Speaking more generally, I hold that neither Parliament nor the provincial legislatures may enact legislation the effect of which would be to substantially interfere with the operation of this basic constitutional structure. On the whole, though, I am inclined to the view that the impugned legislation is in essence concerned with the constitution of the province and with regulating the provincial public service and affects federal and provincial elections only in an incidental way.

I should perhaps add that issues like the last will in the future ordinarily arise for consideration in relation to the political rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which, of course, gives broader protection to these rights and freedoms than is called for by the structural demands of the Constitution. However, it remains true that, quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them. The present legislation does not go so far as to infringe upon the essential structure of free Parliamentary institutions.

## VI

### Conclusion

I would answer the first constitutional question in the negative. I would not answer the second and third constitutional questions.

invocé des arrêts comme *Reference re Alberta Statutes* et *Switzman v. Elbling*, précités.

Dans mon esprit, il ne fait aucun doute que la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial. Pour reprendre les termes du juge en chef Duff dans *Reference re Alberta Statutes*, à la p. 133, [TRADUCTION] «l'efficacité de ces institutions découle de la libre discussion publique des affaires . . .» et, selon le juge Abbott dans *Switzman v. Elbling*, à la p. 328, ni une législature provinciale ni le Parlement lui-même ne peuvent [TRADUCTION] «abroger ce droit de discussion et de débat». De manière plus générale, je conclus que ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légitimer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure constitutionnelle fondamentale. Dans l'ensemble, cependant, je suis porté à croire que la mesure législative attaquée se rapporte essentiellement à la constitution de la province et à la réglementation de la fonction publique provinciale, et qu'elle ne touche aux élections fédérales et provinciales que d'une manière accessoire.

Je devrais peut-être ajouter qu'à l'avenir on sera normalement appelé à examiner des questions comme la dernière, en fonction des droits politiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, il va sans dire, accorde à ces droits et libertés une protection plus large que celle commandée par les exigences structurelles de la Constitution. Toutefois, il reste qu'il est vrai que, indépendamment des considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et qu'ils ne doivent en aucun cas y passer outre. La présente mesure législative ne vas pas jusqu'à porter atteinte à la structure fondamentale des institutions parlementaires libres.

## VI

### Conclusion

Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative et de ne pas répondre aux deuxième et troisième questions constitutionnelles.

I would dismiss the appeal and would not award costs.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—For the reasons given by Dickson C.J. and Beetz J., I agree that *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, viewed in its entirety, is authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*. I therefore need not consider s. 92(13) or (1) of the *Constitution Act, 1867*.

I agree with Dickson C.J. that *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, was wrongly decided.

As regards the other points in issue and the disposition of this case, I agree with Dickson C.J. and Beetz J.

*Appeal dismissed; the first constitutional question is answered in the negative.*

Solicitors for the appellants: Gowling & Henderson, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: James B. Taylor, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Attorney General for Alberta, Edmonton.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de ne pas accorder de dépens.

Version française des motifs rendus par

a LE JUGE LAMER—Pour les motifs donnés par le juge en chef Dickson et le juge Beetz, je suis d'accord pour dire que *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, est dans l'ensemble autorisé par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne m'est donc pas nécessaire d'examiner les par. 92(13) ou (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je partage l'avis du juge en chef Dickson selon *c* lequel l'arrêt *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, est erroné.

Quant aux autres questions en litige et à l'issue du présent pourvoi, je suis d'accord avec le juge en *d* chef Dickson et le juge Beetz.

*Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.*

Procureurs des appellants: Gowling & Henderson, Toronto.

Procureur de l'intimé: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

f Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Ottawa.

g Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Procureur général du Québec, Ste-Foy.

h Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

i Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

j Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: James B. Taylor, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.