

**Ronald David Baier, George Ollenberger,  
Liam McNiff, Evelyn Alexandra Keith and  
Alberta Teachers' Association** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of  
Alberta** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney  
General of New Brunswick, Attorney  
General of British Columbia, Attorney  
General of Prince Edward Island, Canadian  
Teachers' Federation, Alberta Federation of  
Labour and Public School Boards'  
Association of Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: BAIER v. ALBERTA

Neutral citation: 2007 SCC 31.

File No.: 31526.

2006: November 9; 2007: June 29.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school*

**Ronald David Baier, George Ollenberger,  
Liam McNiff, Evelyn Alexandra Keith et  
Alberta Teachers' Association** *Appelants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de  
l'Alberta** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur  
général du Nouveau-Brunswick, procureur  
général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Île-du-Prince-  
Édouard, Fédération canadienne des  
enseignantes et des enseignants, Alberta  
Federation of Labour et Public School  
Boards' Association of Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BAIER c. ALBERTA

Référence neutre : 2007 CSC 31.

N° du greffe : 31526.

2006 : 9 novembre; 2007 : 29 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)(a).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles d'occuper un poste*

*employees serving as school trustees — Whether legislation infringes right to equality — Whether occupational status an analogous ground — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).*

*Education law — School authorities — School board elections — Ineligibility of school employees — Provincial government enacting legislation imposing province-wide restriction on school employees serving as school trustees — Whether legislation infringes freedom of expression or right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2)(a).*

The *Local Authorities Election Act* (“LAEA”) governs the proceedings for election to municipal councils and school boards in Alberta. Prior to the amendments at issue here, it restricted school employees from running for election as school trustees only in the jurisdiction in which they were employed. In 2004, the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002* amended the LAEA to restrict school employees from running for election as school trustees anywhere in the province unless they took a leave of absence and then resigned if elected. The appellants sought to have the LAEA amendments declared unconstitutional as violating ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*. The Court of Queen’s Bench granted an order that the LAEA amendments were contrary to s. 2(b) of the *Charter*, and were not justified under s. 1. The Court of Appeal set aside the decision, concluding that the LAEA amendments do not infringe s. 2(b) or 15 of the *Charter*.

*Held* (Fish J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The expressive aspects of school trustee candidacy and school trusteeship are sufficient to consider whether s. 2(b) of the *Charter* is violated. Section 2 generally imposes a negative obligation on government rather than a positive obligation of protection or assistance. Here, the right claimed is a positive one, as the appellants are seeking access to the statutory platform of school trustee candidacy and school trusteeship. The fact that they had access to this platform prior to the LAEA amendments cannot convert

*de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte au droit à l’égalité? — Le statut professionnel constitue-t-il un motif analogue? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).*

*Droit de l’éducation — Autorités scolaires — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d’écoles — Loi provinciale empêchant les employés d’écoles d’occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — La loi porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression ou au droit à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 15(1) — Local Authorities Election Act, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22 — School Trustee Statutes Amendment Act, 2002, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2)a).*

La *Local Authorities Election Act* (la « Loi ») régit les modalités d’élection des conseils municipaux et des conseils scolaires en Alberta. Avant les modifications en litige dans le présent pourvoi, la Loi interdisait uniquement aux employés d’écoles de briguer un poste de conseiller scolaire au sein du conseil qui les employait. En 2004, la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002* a apporté à la Loi des modifications ayant pour effet d’empêcher les employés d’écoles de briguer un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province, à moins d’avoir obtenu un congé et de démissionner s’ils sont élus. Les appelants ont demandé que ces modifications soient déclarées inconstitutionnelles, au motif qu’elles contrevenaient à l’al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance portant que les modifications contrevenaient à l’al. 2b) de la *Charte* et n’étaient pas justifiées au regard de l’article premier de celle-ci. La Cour d’appel a annulé cette décision et a conclu que les modifications ne portaient pas atteinte à l’al. 2b) ou à l’art. 15 de la *Charte*.

*Arrêt* (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Charron et Rothstein : Le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l’exercice d’une telle fonction sont des activités possédant un caractère suffisamment expressif pour justifier l’examen de la question de savoir s’il y a violation de l’al. 2b) de la *Charte*. L’article 2 impose d’une manière générale au gouvernement une obligation négative et non une obligation positive de protection ou d’aide. En l’espèce, le droit invoqué est un droit positif, les appelants cherchant à obtenir l’accès à la tribune d’origine

their claim into a negative one. Since the appellants are making a positive claim, the question is whether their claim meets the grounds for an exception to the general rule that s. 2(b) only protects from government interference. [20] [33] [35-36] [43]

Claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime. Since the appellants' claim is grounded in access to the particular regime of school trusteeship, it does not meet this first *Dunmore* criterion. Nor does the claim meet the second *Dunmore* factor. The appellants have not established that their practical exclusion from school trusteeship substantially interferes with their ability to express themselves on matters relating to the education system. The LAEA amendments may deprive them of one particular means of expression, but it has not been demonstrated that absent inclusion in this statutory scheme, they are unable to express themselves on education issues. Nor have the appellants proved that the purpose of the LAEA amendments was to infringe their freedom of expression. Because the appellants have not established a substantial interference with their ability to exercise their freedom of expression, it is unnecessary to consider the third *Dunmore* factor. [44] [48] [54]

Using s. 3 of the *Charter* to read down the scope of s. 2(b) would stray from the long-standing recognition of the overlapping relationship of various *Charter* rights. A finding that s. 3 does not apply does not foreclose consideration of a claim under s. 2(b). Nevertheless, there is no s. 2(b) violation in this case. [59-60]

There was no infringement of s. 15(1) of the *Charter*. While there is differential treatment of school employees under the LAEA amendments as compared with municipal employees, this differential treatment is not based on an enumerated or analogous ground. There is no basis for identifying occupational status as an analogous ground on the evidence presented here. Neither the occupational status of school employees nor that of teachers have been shown to be immutable or constructively immutable characteristics. Moreover, school

législative que constituent la possibilité de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction. Le fait qu'ils aient eu accès à cette tribune avant l'entrée en vigueur des modifications ne saurait transformer le droit qu'ils demandent en un droit négatif. Comme les appelants revendiquent un droit positif, il faut se demander si cette demande satisfait aux critères susceptibles de justifier une exception à la règle générale selon laquelle l'al. 2b) n'accorde sa protection qu'en cas d'ingérence du gouvernement. [20] [33] [35-36] [43]

Les demandes contestant le caractère non inclusif d'une mesure législative doivent être fondées sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis. Comme la demande des appelants invoque l'accès à un régime légal précis, celui des conseils scolaires, elle ne satisfait pas au premier critère énoncé dans *Dunmore*. Leur demande ne satisfait pas non plus au deuxième critère énoncé dans cet arrêt. Les appelants n'ont pas établi que le fait d'être en pratique exclus des conseils scolaires entrave substantiellement leur possibilité de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation. Les modifications les privent peut-être d'un moyen d'expression en particulier, mais il n'a pas été démontré qu'il leur serait impossible, faute d'être inclus dans ce régime légal, de s'exprimer sur ce sujet. Les appelants n'ont pas non plus prouvé que les modifications avaient pour objet de porter atteinte à leur liberté d'expression. Étant donné que les appelants n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à leur capacité d'exercer leur liberté d'expression, il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième critère établi dans *Dunmore*. [44] [48] [54]

Le fait d'utiliser l'art. 3 de la *Charte* pour réduire le champ d'application de l'al. 2b) dérogerait à la reconnaissance de longue date des chevauchements qui existent entre les divers droits garantis par ce document. Conclure à l'inapplicabilité de l'art. 3 ne fait pas obstacle à l'examen d'une demande fondée sur l'al. 2b). Néanmoins, il n'y a pas violation de l'al. 2b) en l'espèce. [59-60]

Il n'y a aucune violation du par. 15(1) de la *Charte*. Bien que les modifications entraînent un traitement différent des employés d'écoles par rapport aux employés municipaux, ce traitement différent n'est pas fondé sur un motif énuméré ou analogue. Il n'existe aucune raison, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce, de considérer le statut professionnel comme un motif analogue. Il n'a pas été démontré que le statut professionnel des employés d'écoles ou celui des enseignants constitue une caractéristique immuable ou considérée

employees cannot be characterized as a discrete and insular minority. The appellants have not established that the occupational status of school employees is a constant marker of suspect decision making or potential discrimination. [63] [65] [67]

*Per Bastarache, LeBel and Abella JJ.:* Despite the undeniable breadth of the constitutional guarantee of freedom of expression, the guaranteed freedom does not protect a right to run for office as a school trustee and, if elected, to take part in the management of the school board. At its foundation, the appellants' claim concerns a democratic right that the *Charter* does not protect. The LAEA amendments' ban on school employees running for office and serving as school trustees does not prevent them from expressing views on any subject, let alone education. The appellants seek to secure constitutional protection for a right to be elected to a management role in the local education system of the province of Alberta, but this falls outside the scope of the *Charter* unless the equality rights of s. 15 are engaged. The appellants have not made out their claim of a breach of equality rights in the circumstances of this case. [72] [75] [77]

*Per Fish J. (dissenting):* The deliberate suppression of political expression by Alberta in this case violates s. 2(b) of the *Charter*. A legislature which sets up a system of democratically elected boards to administer a fundamental aspect of government activity may not then exclude a certain category or group of otherwise qualified persons from serving on those boards, without any need to justify that exclusion under s. 1 of the *Charter*. [79] [86]

This Court has traditionally interpreted the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* broadly and the decision in *Dunmore* should not be applied so as to narrow s. 2(b). A narrow interpretation of *Dunmore* would allow legislatures, limited only by their obligations under s. 15 of the *Charter*, to systematically deny groups access to statutory platforms of expression otherwise available to the public at large. Rather, *Dunmore* should be viewed in light of this Court's practice of construing freedom of expression broadly and considering limits on expressive activity at the justification stage of the analysis. This is even more important where, as here, political expression

immuable. En outre, les employés d'écoles ne sauraient non plus être qualifiés de minorité distincte et isolée. Les appelants n'ont pas établi que le statut professionnel des employés d'écoles est un indicateur permanent de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. [63] [65] [67]

*Les juges Bastarache, LeBel et Abella :* En dépit de la large portée que possède indéniablement la liberté d'expression garantie par la Constitution, la liberté garantie ne protège pas le droit des intéressés de briguer un poste de conseiller scolaire et, s'ils sont élus à de tels postes, de participer à la direction du conseil scolaire. À sa base même, la demande des appelants concerne un droit démocratique non protégé par la *Charte*. L'interdiction faite par les modifications aux employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction n'empêche pas ces personnes d'exprimer des opinions sur quelque sujet que ce soit, particulièrement l'éducation. En l'espèce, il ressort d'un examen réaliste de la demande que celle-ci cherche à doter de la protection de la Constitution le droit de se faire élire à un poste de direction au sein d'une administration scolaire locale dans la province d'Alberta. Toutefois, cette demande ne relève pas de la *Charte*, à moins que ne s'appliquent les droits à l'égalité garantis par l'art. 15. Dans les circonstances de la présente affaire, les appelants n'ont pas établi l'atteinte aux droits à l'égalité qu'ils invoquent. [72] [75] [77]

*Le juge Fish (dissident) :* La suppression délibérée de l'expression politique par l'Alberta contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*. Une assemblée législative qui met en place un système de conseils élus démocratiquement pour administrer un aspect fondamental de l'activité gouvernementale ne saurait ensuite empêcher une catégorie ou un groupe de personnes par ailleurs qualifiées de siéger à ces conseils, sans qu'il soit nécessaire de justifier cette exclusion au regard de l'article premier de la *Charte*. [79] [86]

La Cour a toujours donné une interprétation large à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et l'arrêt *Dunmore* ne devrait pas être invoqué pour la restreindre. Une interprétation restrictive de cet arrêt permettrait aux législatures, dont l'action ne serait limitée que par les obligations qui leur incombent en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, de nier systématiquement à certains groupes l'accès à des tribunes d'expression d'origine législative par ailleurs offertes à l'ensemble de la population. L'arrêt *Dunmore* doit plutôt être considéré au regard de la pratique de notre Cour qui consiste à interpréter largement la liberté d'expression et, dans le cadre de l'analyse, à examiner à l'étape de la justification les

associated with participation in an important democratic institution is involved. [100] [103]

The appellants' claim is grounded in the fundamental, constitutionally protected freedom to express oneself meaningfully on matters related to education. This freedom clearly exists independently of any statutory enactment. Seeking and holding office as a school trustee is a uniquely effective means of expressing one's views on education policy. While diminished effectiveness in conveying a message may not always engage s. 2(b), the difference between writing a letter to a trustee and serving as a trustee is not simply one of degree. By prohibiting school employees from participating in school board elections and governance, Alberta has done more than restrict a particular channel of expression. By excluding school employees from running for office, Alberta has substantially interfered with their freedom of expression. [105] [107-109]

Where a legislature establishes a universal and democratic system of local governance and then effectively prohibits the participation in that system of a particular group of otherwise qualified citizens, the state must be required to justify that prohibition. It has not done so in this case. On the first branch of the *Oakes* test, the trial judge was entitled to find, as she did, that Alberta's assertion of a pressing and substantial concern could not succeed, and nothing before this Court permits of a different conclusion. In any event, the LAEA amendments would clearly fail the minimum impairment branch of the *Oakes* test. [110-111] [119-120]

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; **referred to:** *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Native*

restrictions imposées à une activité expressive. Cette façon de faire revêt encore plus d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, il est question de l'expression politique associée à la participation à une importante institution démocratique. [100] [103]

La prétention des appelants se fonde sur la liberté fondamentale — garantie par la Constitution — de s'exprimer utilement sur des questions liées à l'éducation. Il est clair que cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif. Briguer un poste de conseiller scolaire et exercer cette fonction constituent des moyens particulièrement efficaces pour une personne d'exprimer son opinion sur les politiques d'éducation. Bien que la diminution de la capacité de communiquer un message n'entraîne pas toujours l'application de l'al. 2b), la différence entre écrire une lettre à un conseiller scolaire et occuper un poste de conseiller n'est pas simplement qu'une question de degré. En interdisant aux employés d'écoles de participer aux élections des conseils scolaires et à la gouvernance de ces institutions, l'Alberta a fait davantage que restreindre une voie particulière d'expression. En empêchant les employés d'écoles de se porter candidats, l'Alberta a substantiellement entravé leur liberté d'expression. [105] [107-109]

Lorsqu'une législature met en place un système universel et démocratique de gouvernance locale, puis interdit ensuite concrètement à un groupe donné de citoyens par ailleurs qualifiés de participer à ce système, on doit exiger de l'État qu'il justifie cette interdiction. Il ne l'a pas fait en l'espèce. Suivant le premier volet de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes*, la juge de première instance était en droit de conclure, comme elle l'a fait, que la préoccupation urgente et réelle invoquée par l'Alberta ne pouvait être retenue, et rien de ce qui a été soumis à notre Cour n'autorise une conclusion différente. Quoi qu'il en soit, il est clair que les modifications ne satisferaient pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse formulée dans *Oakes*. [110-111] [119-120]

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts appliqués :** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; **arrêts mentionnés :** *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62; *Delisle c. Canada (Sous-procureur*

*Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By LeBel J.

**Referred to:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214.

By Fish J. (dissenting)

*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), (d), 3, 15, 27.  
*Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, c. L-21, ss. 21, 22.  
*School Act*, R.S.A. 2000, c. S-3.  
*School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, s. 1(2).

### Authors Cited

Cameron, B. Jamie. "The 'Second Labour Trilogy': A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2006, release 1).

*général*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Lavigne c. Syndicat canadien des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1998] 2 R.C.S. 214.

Citée par le juge Fish (dissident)

*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d), 3, 15, 27.  
*Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 21, 22.  
*School Act*, R.S.A. 2000, ch. S-3.  
*School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2).

### Doctrine citée

Cameron, B. Jamie. « The "Second Labour Trilogy" : A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2006, release 1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Picard, Costigan and Ritter JJ.A.) (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 384 A.R. 237, 367 W.A.C. 237, 269 D.L.R. (4th) 241, [2006] 8 W.W.R. 33, [2006] A.J. No. 447 (QL), 2006 ABCA 137, allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a judgment of Sulyma J. (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 369 A.R. 159, 123 C.R.R. (2d) 215, [2005] 7 W.W.R. 68, [2004] A.J. No. 1003 (QL), 2004 ABQB 669. Appeal dismissed, Fish J. dissenting.

*James T. Casey, Q.C., Sandra M. Anderson and Ayla Akgungor*, for the appellants.

*Kurt J. W. Sandstrom and Alice K. Barnsley*, for the respondent.

*Robert E. Charney*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Neena Sharma and E. W. (Heidi) Hughes*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Ruth M. DeMone and Sherry E. Gillis*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Allan O'Brien and Christopher Rootham*, for the intervener the Canadian Teachers' Federation.

*Leanne M. Chahley and Daniel N. Scott*, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

*Dale Gibson*, for the intervener the Public School Boards' Association of Alberta.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

## I. Introduction

This case concerns whether legislation that limits the ability of school employees to run for

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Picard, Costigan et Ritter) (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 384 A.R. 237, 367 W.A.C. 237, 269 D.L.R. (4th) 241, [2006] 8 W.W.R. 33, [2006] A.J. No. 447 (QL), 2006 ABCA 137, qui a accueilli l'appel de la décision de la juge Sulyma et rejeté l'appel incident formé contre cette décision (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 369 A.R. 159, 123 C.R.R. (2d) 215, [2005] 7 W.W.R. 68, [2004] A.J. No. 1003 (QL), 2004 ABQB 669. Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.

*James T. Casey, c.r., Sandra M. Anderson et Ayla Akgungor*, pour les appelants.

*Kurt J. W. Sandstrom et Alice K. Barnsley*, pour l'intimée.

*Robert E. Charney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Neena Sharma et E. W. (Heidi) Hughes*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Ruth M. DeMone et Sherry E. Gillis*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Allan O'Brien et Christopher Rootham*, pour l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants.

*Leanne M. Chahley et Daniel N. Scott*, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

*Dale Gibson*, pour l'intervenante Public School Boards' Association of Alberta.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

## I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de dispositions législatives qui limitent la

election and serve as school trustees in Alberta is constitutional.

2 I agree with the conclusion reached by the Alberta Court of Appeal. The legislation does not infringe s. 2(b) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Therefore I would dismiss the appeal.

## II. Factual Background

3 The *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, c. L-21 (“LAEA”), governs the proceedings for election to municipal councils and school boards in Alberta. The LAEA sets out the qualifications required to be a candidate for school trustee. A person may be nominated as a candidate if he or she is eligible to vote, meets certain residency requirements, and is not otherwise ineligible (s. 21).

4 Ineligibility to be nominated as a candidate is dealt with in s. 22 of the LAEA. Prior to the amendments at issue in this appeal, it restricted school employees from running for election as a school trustee only in the jurisdiction in which they were employed (“own-employer restriction”). Any public school employees who wished to seek election to their employing school board were required to take a leave of absence and were deemed to have resigned if elected (ss. 22(1)(b) and 22(9)). There was no requirement to take a leave of absence or to resign if a school employee was elected as a school trustee to any other school board.

5 In 2004, Alberta legislated to expand the “own-employer” restriction into a province-wide restriction on school employees serving as school trustees. The *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23 (“LAEA Amendments”), amended the LAEA by adding a provision stating that, unless on a leave of absence, a person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of any school board if that person is employed by any school district or division, charter school, or private school in Alberta. If a school employee is ultimately elected as a school trustee,

possibilité pour les employés d’écoles de se porter candidats aux élections pour les postes de conseillers scolaires en Alberta et d’exercer cette fonction.

Je souscris à la conclusion à laquelle est parvenue la Cour d’appel de l’Alberta. Les dispositions législatives en cause ne contreviennent ni à l’al. 2b) ni à l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejeterais donc le pourvoi.

## II. Contexte factuel

La *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L-21 (la « Loi »), régit les modalités d’élection des conseils municipaux et des conseils scolaires en Alberta. Elle énonce les conditions requises pour pouvoir se porter candidat à un poste de conseiller scolaire : avoir le droit de voter, remplir certaines conditions de résidence et ne pas être autrement inéligible (art. 21).

Les cas d’inéligibilité sont décrits à l’art. 22 de la Loi. Avant les modifications en litige dans le présent pourvoi, cet article interdisait seulement aux employés d’écoles de briguer un poste de conseiller scolaire au sein du conseil qui les employait (« restriction visant l’employeur de l’intéressé »). L’employé d’une école publique qui souhaitait se faire élire au conseil scolaire qui l’employait devait obtenir un congé et il était réputé avoir démissionné s’il était élu (al. 22(1)b) et par. 22(9)). Ces dispositions ne s’appliquaient pas à l’employé qui posait sa candidature ou était élu à un poste de conseiller dans un autre conseil scolaire.

En 2004, l’Alberta a légiféré et élargi la portée de la restriction « visant l’employeur de l’intéressé » de façon à empêcher les employés d’écoles d’occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province. La *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative »), a en effet modifié la Loi par l’adjonction d’une disposition précisant que n’est pas éligible aux élections pour les postes de conseillers, dans quelque conseil scolaire que ce soit, la personne qui est employée par quelque district ou division scolaire, école à charte ou école

s. 22(9) of the LAEA is engaged, which deems the school employee to have resigned his or her position of employment in order to carry out the role of school trustee. There is therefore a deemed resignation even when a school employee is elected to a school board which is not his or her employer.

The appellants Baier, Ollenberger and McNiff are teachers who, at the time the LAEA Amendments were passed, were serving as school trustees on school boards that did not employ them. The appellant Keith is a teacher who intended to seek election to a school board. The parties agree that “average school trustee remuneration in 2002-2003 was approximately \$12,677”. According to the chambers judge, in 2004 the appellants Baier, Ollenberger and McNiff had annual salaries as teachers of \$71,536.68, \$83,626.80 and \$69,165.96 respectively.

The appellants sought to have the LAEA Amendments declared unconstitutional as violating ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*. At the hearing of the appeal in this Court, the appellants conceded the constitutionality of the prior legislation, which prohibited school employees from serving as trustees solely on their own employer boards. It is the blanket restriction from sitting on any school board in the province that they challenge.

The chambers judge, Sulyma J. granted an order that the LAEA Amendments were contrary to s. 2(b) of the *Charter* and were not justified under s. 1. At the Alberta Court of Appeal, Alberta’s appeal was allowed.

### III. Relevant Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are set out in the Appendix. The main provision that the appellants challenge in this appeal is s. 1(2)(a) of the

privée *que ce soit* en Alberta, sauf si elle a obtenu un congé. Si un employé d’école est élu conseiller scolaire, le par. 22(9) de la Loi s’applique : l’employé est réputé avoir démissionné pour exercer sa fonction de conseiller scolaire. Il y a donc démission réputée, même lorsque l’employé d’école est élu dans un conseil scolaire dont il n’est pas l’employé.

Les appelants Baier, Ollenberger et McNiff sont des enseignants qui, au moment de l’adoption de la Loi modificative, occupaient des postes de conseillers dans des conseils scolaires dont ils n’étaient pas les employés. L’appelante Keith est une enseignante qui voulait tenter de se faire élire à un conseil scolaire. Les parties s’entendent sur le fait que [TRADUCTION] « la rémunération moyenne d’un conseiller scolaire en 2002-2003 s’élevait à environ 12 677 \$ ». Selon la juge en chambre, le salaire annuel de chacun des appelants Baier, Ollenberger et McNiff en tant qu’enseignants était respectivement de 71 536,68 \$, 83 626,80 \$ et 69 165,96 \$ en 2004.

Les appelants veulent faire déclarer les modifications apportées par la Loi modificative inconstitutionnelles, au motif qu’elles contreviennent à l’al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*. À l’audition du pourvoi, ils ont admis la constitutionnalité de la loi antérieure, qui interdisait seulement aux employés d’écoles d’occuper un poste de conseiller dans le conseil scolaire qui les employait. C’est l’interdiction générale d’occuper un poste dans tout conseil scolaire de la province qu’ils contestent.

La juge en chambre Sulyma a rendu une ordonnance portant que les modifications apportées par la Loi modificative contrevenaient à l’al. 2b) de la *Charte* et n’étaient pas justifiées au regard de l’article premier. L’appel formé par la province contre cette décision a été accueilli par la Cour d’appel de l’Alberta.

### III. Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Dans le présent pourvoi, les appelants contestent principalement l’al. 1(2)a) de

6

7

8

9

LAEA Amendments, which amends the LAEA in order to restrict school employees from sitting on any school board in Alberta. This amendment adds to s. 22 of the LAEA the following:

22 . . .

(1.1) A person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board if on nomination day the person is employed by

- (a) a school district or division,
- (b) a charter school, or
- (c) a private school,

in Alberta unless the person is on a leave of absence granted under this section.

Under the amendments, a school employee may request a leave of absence in order to be a candidate for school trustee and his or her employer must grant that leave of absence (LAEA, ss. 22(5.1) and 22(6.1)). Should the employee not be elected he or she may return to work (LAEA, s. 22(8)). If the employee is elected he or she will be deemed to have resigned as a school employee (LAEA, s. 22(9)).

10 The appellants also challenge s. 1(2)(b) of the LAEA Amendments, which provides that the prior more limited ineligibility provision, the “own-employer restriction”, no longer applies to school trustee elections.

11 Section 2(b) of the *Charter* provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

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

12 Section 15(1) of the *Charter* provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal

la Loi modificative, qui modifie la Loi pour interdire aux employés d’écoles d’occuper un poste dans tout conseil scolaire de l’Alberta. Cette modification a ajouté le texte suivant à l’art. 22 de la Loi :

[TRADUCTION]

22 . . .

(1.1) N’est pas éligible aux élections pour les postes de conseiller d’un conseil scolaire, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article, la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures, est employée en Alberta :

- a) soit par un district ou une division scolaire;
- b) soit par une école à charte;
- c) soit par une école privée.

Selon les modifications, un employé d’école peut demander un congé pour se porter candidat à un poste de conseiller scolaire et son employeur est tenu de lui accorder ce congé (par. 22(5.1) et 22(6.1) de la Loi). L’employé non élu peut réintégrer son poste (par. 22(8) de la Loi). Par contre, s’il est élu, l’employé est réputé avoir démissionné de son poste à l’école (par. 22(9) de la Loi).

Les appelants contestent aussi l’al. 1(2)(b) de la Loi modificative, suivant lequel la disposition antérieure en matière d’inéligibilité — dont la portée était plus limitée (la « restriction visant l’employeur de l’intéressé ») — ne s’applique plus aux élections de conseillers scolaires.

L’alinéa 2b) de la *Charte* dispose :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

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

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est ainsi rédigé :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même

benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

#### IV. Issues

On August 17, 2006, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### V. Judgments Below

- A. *Court of Queen's Bench of Alberta* (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 2004 ABQB 669

Sulyma J. held that running for office is an activity which conveys or attempts to convey meaning and therefore falls within the scope of the s. 2(b) guarantee. She held that the purpose of the amendments did not infringe s. 2(b) since the legislation was meant to protect the democratic process by ensuring the business of school boards can be carried on without concerns about conflicts of interest. However, with respect to the effects, Sulyma J. found that given the significant disparity between a teacher's salary and trustee remuneration, forcing teachers to resign from their employment for the duration of their term as trustees rendered

protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

#### IV. Questions en litige

Le 17 août 2006, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### V. Décisions des juridictions inférieures

- A. *Cour du banc de la Reine de l'Alberta* (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 2004 ABQB 669

La juge Sulyma a conclu que le fait de poser sa candidature à une charge publique est une activité qui transmet ou tente de transmettre un message et qui est donc visée par la garantie de l'al. 2b). Elle a estimé que l'objet de la Loi modificative ne contrevenait pas à l'al. 2b), puisque le texte en question visait à protéger le processus démocratique en faisant en sorte que les conseils scolaires puissent s'acquitter de leur mission sans s'inquiéter de possibles conflits d'intérêts. En ce qui concerne les effets de la Loi modificative, en revanche, la juge Sulyma a statué que, vu l'écart considérable entre le salaire d'enseignant et la rémunération de conseiller, astreindre les

13

14

illusory any opportunity for teachers to run for office as school trustee under the LAEA Amendments. Unless they gave up teaching, they would be forced to live on the remuneration paid to school trustees, and this was so onerous as to result in a violation of the s. 2(b) guarantee.

15 Sulyma J. concluded that the LAEA Amendments could not be saved by s. 1 of the *Charter*. She did not rule on the *Charter* s. 15 claim.

B. *Court of Appeal of Alberta* (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137

16 Alberta appealed Sulyma J.'s findings with respect to s. 2(b). The appellants cross-appealed alleging an infringement of s. 15(1).

17 Costigan J.A., for the court, considered whether seeking election to a school board is a fundamental freedom protected by s. 2(b) or whether it is a statutory platform for expression. He found that whether to have school board elections and, if so, who can run in those elections, was purely a matter of legislative policy governed by the LAEA Amendments. The appellants' claim of underinclusion was therefore grounded in a statutory regime and not in a fundamental *Charter* freedom. Their exclusion under the LAEA Amendments did not interfere with a fundamental freedom or with the exercise of a constitutional right, and this was not an exceptional case in which the context mandated positive government action under s. 2(b). Therefore, he found that the LAEA Amendments did not infringe s. 2(b) of the *Charter*.

18 Examining whether the LAEA Amendments infringed s. 15(1) of the *Charter*, Costigan J.A. relied on the test established in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999]

enseignants à démissionner pour la durée du mandat de conseiller rendait illusoire toute possibilité pour eux de poser leur candidature à un tel poste. À moins de renoncer à l'enseignement, ils devraient en effet vivre de la rémunération versée aux conseillers scolaires, ce qui constituait une telle contrainte qu'il en découlait une violation de la garantie de l'al. 2b).

La juge Sulyma a conclu que la validité des modifications apportées par la Loi modificative ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Elle ne s'est pas prononcée sur la prétention fondée sur l'art. 15 de la *Charte*.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137

L'Alberta a interjeté appel des conclusions de la juge Sulyma à l'égard de l'al. 2b). Les appelants ont quant à eux formé un appel incident, plaidant la violation du par. 15(1).

S'exprimant pour la Cour d'appel, le juge Costigan a examiné la question de savoir si le fait de briguer un poste de conseiller scolaire constitue une liberté fondamentale protégée par l'al. 2b) ou une tribune d'origine législative favorisant l'expression. Il a conclu que la décision de tenir des élections pour désigner les conseillers scolaires et la détermination des conditions de candidature étaient de pures questions de politique législative régies par la Loi modificative. L'argument de non-inclusion invoqué par les appelants reposait donc sur un régime légal et non sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. L'exclusion des enseignants prévue par la Loi modificative ne portait pas atteinte à une liberté fondamentale ni à l'exercice d'un droit constitutionnel, et il ne s'agissait pas d'un cas exceptionnel où le contexte commandait des mesures étatiques positives au regard de l'al. 2b). Par conséquent, le juge a conclu que les modifications apportées par la Loi modificative ne contrevenaient pas à l'al. 2b) de la *Charte*.

Pour trancher la question de savoir si la Loi modificative violait le par. 15(1) de la *Charte*, le juge d'appel Costigan s'est fondé sur le critère établi dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi*

1 S.C.R. 497. He held that the LAEA Amendments “draw a formal distinction between the respondents as school board employees and other Albertans on the basis of the personal characteristic of employment status” (para. 49). However, he found that the appellants’ “occupational status is not an analogous ground” (para. 56). Moreover, he held that a distinction on the basis of the teaching occupation does not bring into play prejudice, stereotyping or historical disadvantage, and exclusion from seeking election to a school board did not affect the appellants’ dignity. Therefore, the distinction was not discriminatory and there was no infringement of s. 15(1). He allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

## VI. Analysis

### *Freedom of Expression*

In *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, a two-part analysis was established for determining whether a violation of freedom of expression has occurred. The first step asks whether the activity is within the protected sphere of free expression. If the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Once it is established that the activity is protected, the second step asks if the impugned legislation infringes that protection, either in purpose or effect. This analysis has been used in many subsequent cases (e.g. *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Libman v. Québec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083).

While the *Irwin Toy* test defined the scope of freedom of expression broadly, in subsequent cases this Court has clarified that s. 2(b) protection is not without limits and that governments should not be required to justify every exclusion or regulation

*et de l’Immigration*), [1999] 1 R.C.S. 497. Il a jugé que la Loi modificative [TRADUCTION] « établit une distinction formelle entre les intimés en tant qu’employés des conseils scolaires d’une part et les autres Albertains d’autre part, en raison des caractéristiques personnelles découlant de leur statut professionnel » (par. 49). Il a cependant estimé que le [TRADUCTION] « statut professionnel [des appelants] n’[était] pas un motif analogue » (par. 56). Il a en outre ajouté qu’une distinction fondée sur la profession d’enseignant ne fait pas intervenir de préjugés, de stéréotypes ou de désavantages historiques et que le fait d’empêcher les appelants de briguer un poste de conseiller scolaire ne portait pas atteinte à leur dignité. Partant, la distinction n’était pas discriminatoire et ne contrevenait pas au par. 15(1). Le juge Costigan a accueilli l’appel et rejeté l’appel incident.

## VI. Analyse

### *La liberté d’expression*

Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a établi une analyse en deux temps pour juger s’il y a eu ou non violation de la liberté d’expression. La première étape consiste à déterminer si l’activité en cause relève du champ des activités protégées par la liberté d’expression. Si elle transmet ou tente de transmettre une signification, l’activité possède un contenu expressif et relève à première vue du champ d’application de la garantie. Une fois qu’il est établi que la conduite est protégée, la seconde étape consiste à se demander si, par leur objet ou leur effet, les mesures législatives contestées portent atteinte à cette protection. La Cour a utilisé cette analyse dans de nombreux arrêts subséquents (par exemple, *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083).

Bien que le critère établi dans *Irwin Toy* ait défini de façon large la portée de la liberté d’expression, la Cour a précisé dans des arrêts ultérieurs que la protection garantie par l’al. 2b) n’est pas illimitée et que les gouvernements ne devraient pas être tenus

of expression under s. 1 (*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62, at para. 79). In *City of Montréal*, McLachlin C.J. and Deschamps J., for the majority, found that the *method* or *location* of expression may remove it from s. 2(b) protection (paras. 56 and 60). For example, with respect to the *method* of expression, s. 2(b) does not protect violent expression (*Irwin Toy*, at pp. 969-70), and with respect to *location*, expression on public property may in some circumstances remain outside the protected sphere of s. 2(b) (*City of Montréal*, at para. 79). In addition, the Court has held that s. 2 generally imposes a negative obligation on government rather than a positive obligation of protection or assistance (*Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1035; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 26).

de justifier au regard de l'article premier chaque exclusion ou réglementation d'une forme d'expression (*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62, par. 79). Dans *Ville de Montréal*, s'exprimant pour la majorité, la juge en chef McLachlin et la juge Deschamps ont conclu que le *lieu* ou le *mode* de l'expression peuvent avoir pour effet de soustraire celle-ci à la protection offerte par l'al. 2b) (par. 56 et 60). Ainsi, en ce qui concerne le *mode* d'expression, l'al. 2b) ne protège pas la violence comme forme d'expression (*Irwin Toy*, p. 969-970) et, en ce qui a trait au *lieu*, l'expression dans des lieux publics peut, dans certaines circonstances, demeurer hors du champ de protection de l'al. 2b) (*Ville de Montréal*, par. 79). La Cour a en outre jugé que l'art. 2 impose d'une manière générale au gouvernement une obligation négative et non une obligation positive de protection ou d'aide (*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1035; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 26).

21 In *Haig*, this Court considered whether freedom of expression includes a positive right to be provided with a specific means of expression. L'Heureux-Dubé J. for the majority, noted that freedom of expression has typically been conceptualized in terms of negative rights rather than positive entitlements:

The traditional view, in colloquial terms, is that the freedom of expression contained in s. 2(b) prohibits gags, but does not compel the distribution of megaphones. [p. 1035]

Dans l'arrêt *Haig*, la Cour a examiné la question de savoir si la liberté d'expression comporte le droit positif de se voir fournir un mode précis d'expression. Rédigeant l'opinion de la majorité, la juge L'Heureux-Dubé a indiqué que la liberté d'expression a généralement été conceptualisée en fonction de droits négatifs plutôt que de droits positifs :

Selon le point de vue traditionnel, exprimé dans le langage courant, la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix. [p. 1035]

22 That case arose in the context of federal and Quebec referenda concerning proposed constitutional amendments in 1992. Mr. Haig had moved from Ontario to Quebec and was unable to vote in either the federal or Quebec referendum because of different residency requirements in the federal and provincial legislation. He challenged the federal legislation as violating his freedom of expression. The majority held that the right to vote in the referendum was governed by the *Referendum Act*, S.C. 1992, c. 30, and s. 2(b) did not require the government to extend that right to all. L'Heureux-Dubé J. stated:

Cette affaire est survenue dans le contexte des référendums fédéral et québécois de 1992 concernant une proposition de modifications constitutionnelles. Monsieur Haig, qui avait quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, n'a pu voter ni à l'un ni à l'autre référendum en raison de différences entre les conditions de résidence fixées par les lois fédérale et provinciale applicables. Il a contesté la loi fédérale, plaidant qu'elle portait atteinte à sa liberté d'expression. La majorité a jugé que le droit de voter à un référendum était régi par la *Loi référendaire*, L.C. 1992, ch. 30, et que l'al. 2b) n'obligeait pas le législateur à étendre ce droit à tous. La juge L'Heureux-Dubé s'est exprimée en ces termes :

The Court is being asked to find that this statutorily created platform for expression has taken on constitutional status. In my view, though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(b) of the *Charter* does not impose upon a government, whether provincial or federal, any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum. Nor does it confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum. A government is under no constitutional obligation to extend this platform of expression to anyone, let alone to everyone. A referendum as a platform of expression is, in my view, a matter of legislative policy and not of constitutional law. [Emphasis added; p. 1041.]

The statutory platform analysis in *Haig* has been followed in a number of subsequent cases which have held that underinclusive legislative schemes or government action did not infringe s. 2. In *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 (“NWAC”), the Native Women's Association of Canada alleged that the government's funding of some Aboriginal organizations, along with the opportunity to participate in constitutional discussions, required the government to bestow upon the Association an equal chance for expression of its views, and funding to enable it to do so. The Court determined that there was no positive duty on the government to provide funding to the Association in the circumstances. Sopinka J., for the majority, stated:

[I]t cannot be said that every time the Government of Canada chooses to fund or consult a certain group, thereby providing a platform upon which to convey certain views, that the Government is also required to fund a group purporting to represent the opposite point of view. [p. 656]

and

The freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* does not guarantee any particular means of expression or place a positive obligation upon the Government to consult anyone. [p. 663]

In *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 6, 2003 SCC 3, the Court considered

On demande à la Cour de conclure que cette tribune créée par la loi pour favoriser l'expression revêt un caractère constitutionnel. À mon avis, bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2b) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement, provincial ou fédéral, une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un référendum. Il ne confère pas, non plus, à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Le gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir cette tribune pour favoriser l'expression à qui que ce soit, et encore moins à tous. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel. [Je souligne; p. 1041.]

L'analyse établie dans *Haig* à l'égard des tribunes d'origine législative a été suivie dans une série d'arrêts subséquents, où il a été décidé que des régimes législatifs ou mesures gouvernementales de portée restreinte ne contrevenaient pas à l'art. 2. Dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« AFAC »), l'Association des femmes autochtones du Canada soutenait que le financement par le gouvernement de certaines organisations autochtones ainsi que la possibilité offerte à celles-ci de participer aux discussions constitutionnelles obligeaient le gouvernement à donner à l'Association une chance égale d'exprimer son point de vue et à lui accorder le financement nécessaire à cette fin. La Cour a conclu que le gouvernement n'avait aucune obligation positive de verser des fonds à l'Association dans les circonstances. Au nom de la majorité, le juge Sopinka a écrit ceci :

[O]n ne saurait dire que, chaque fois que le gouvernement du Canada choisit de financer ou de consulter un certain groupe et lui fournit ainsi une tribune pour faire connaître certaines opinions, il est également tenu de financer un groupe censé représenter le point de vue contraire. [p. 656]

Il a également dit ceci :

La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de consulter quiconque. [p. 663]

Dans *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3, la Cour a examiné

legislation, the *Gaming Control Local Option (VLT) Act*, S.M. 1999, c. 44, enabling municipalities to hold binding plebiscites on prohibiting video lottery terminals (“VLTs”). The legislation also deemed a previous non-binding plebiscite in the Town of Winkler, in which the residents had voted to prohibit VLTs, to be binding. The appellants, owners of the Winkler Inn who relied on VLTs for revenue, claimed that the effect of the “deemed vote” was to deny them the right to vote in a plebiscite under the Act, and therefore violated their freedom of expression. Following *Haig*, the Court held there was no breach of s. 2(b). A municipal plebiscite, like a referendum, was a creation of legislation, and any right to vote in it must be found within the language of that legislation.

la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44, qui autorisait les municipalités à tenir des référendums décisionnels concernant l’interdiction des appareils de loterie vidéo (« ALV »). Ce texte législatif précisait aussi qu’un référendum consultatif tenu auparavant dans la ville de Winkler, lors duquel les citoyens avaient approuvé l’interdiction des ALV, était réputé être décisionnel. Selon les appelants, propriétaires du Winkler Inn, qui comptaient sur les recettes procurées par les ALV, l’effet de la « présomption de scrutin » les avait privés du droit de voter à un référendum tenu conformément à la loi en cause et avait donc porté atteinte à leur liberté d’expression. Appliquant l’arrêt *Haig*, la Cour a jugé qu’il n’y avait pas eu violation de l’al. 2b). Comme tout autre référendum, un référendum municipal est une mesure créée par une loi et tout droit de voter à ce référendum doit être prévu par la loi en question.

25

The statutory platform analysis in *Haig* has also been applied in cases raising claims under *Charter* s. 2(d) freedom of association. In *Delisle*, the Court considered whether underinclusive labour legislation offended s. 2(d) or 2(b). Bastarache J., for the majority, found that neither s. 2(d) or 2(b) required that RCMP officers be included in a statutory labour regime. He made clear that underinclusive legislation would generally not offend s. 2:

L’analyse établi dans *Haig* à l’égard des tribunes d’origine législative a aussi été suivie dans des affaires touchant la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*. Dans *Delisle*, la Cour devait statuer sur la question de savoir si une mesure législative de portée restreinte en matière de travail contrevenait à l’al. 2d) ou à l’al. 2b). S’exprimant au nom de la majorité, le juge Bastarache a conclu que ni l’al. 2d) ni l’al. 2b) n’emportait l’obligation d’inclure les agents de la GRC dans un régime législatif en matière de travail. Il a clairement indiqué qu’une loi de portée restreinte ne contrevient généralement pas à l’art. 2 :

The structure of s. 2 of the *Charter* is very different from that of s. 15 and it is important not to confuse them. While s. 2 defines the specific fundamental freedoms Canadians enjoy, s. 15 provides they are equal before and under the law and have the right to equal protection and equal benefit of the law. The only reason why s. 15 may from time to time be invoked when a statute is underinclusive, that is, when it does not offer the same protection or the same benefits to a person on the basis of an enumerated or analogous ground (on this issue, see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679), is because this is contemplated in the wording itself of s. 15. . . . However, while the letter and spirit of the right to equality sometimes dictate a requirement of inclusion in a statutory regime, the same cannot be said of

La structure de l’art. 2 de la *Charte* est fort différente de celle de l’art. 15 et il importe de ne pas mélanger les deux. Alors que l’art. 2 définit des libertés fondamentales spécifiques dont bénéficient les Canadiens, l’art. 15 leur assure l’égalité devant la loi et dans l’application de la loi, ainsi qu’un droit égal aux bénéfices de la loi et à sa protection. Si l’art. 15 peut parfois être invoqué lorsqu’une loi a une portée trop restreinte, c’est-à-dire lorsqu’elle n’accorde pas la même protection ou les mêmes avantages à une personne sur la base d’un motif énuméré ou analogue (voir à ce sujet *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679), c’est parce que le texte même de l’art. 15 le prévoit [. . .] Or, si le texte et l’esprit du droit à l’égalité emportent parfois une obligation d’inclusion dans un régime législatif, il en va tout autrement des

the individual freedoms set out in s. 2, which generally requires only that the state not interfere and does not call upon any comparative standard. [para. 25]

Citing Dickson J.'s definition of "freedom" as "the absence of coercion or constraint" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336), Bastarache J. went on to state at para. 26:

It is because of the very nature of freedom that s. 2 generally imposes a negative obligation on the government and not a positive obligation of protection or assistance.

As Bastarache J. stated at para. 27 of *Delisle*, except in exceptional circumstances, ss. 2(d) and 2(b) require only that Parliament not interfere with these fundamental freedoms.

While *Haig*, *NWAC*, *Siemens* and *Delisle*, found s. 2 was not offended by underinclusive legislation or underinclusive government action and that there was no right to a particular platform for expression, the Court left open the possibility that, in exceptional cases, positive action by government may be called for under s. 2. In *Haig*, for example, L'Heureux-Dubé J. left the door open to positive government action being required in some cases. At p. 1039, she stated:

... a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.

In *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, a majority of the Court found such an exception to the general rule that s. 2 does not require positive government action. Labour legislation excluding agricultural workers from a protective regime was found to infringe s. 2(d). Bastarache J., for the majority,

libertés individuelles prévues à l'art. 2, celui-ci n'imposant généralement qu'une obligation de non-ingérence à l'État et ne faisant appel à aucun critère comparatif. [par. 25]

Reprenant la définition de la « liberté » donnée par le juge Dickson, soit « l'absence de coercition ou de contrainte » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336), le juge Bastarache a ajouté ceci, au par. 26 :

C'est en raison de la nature même de la liberté que l'art. 2 impose généralement une obligation négative au gouvernement et non une obligation positive de protection ou d'aide.

Comme l'a dit le juge Bastarache au par. 27 de l'arrêt *Delisle*, sauf circonstances exceptionnelles, les libertés fondamentales garanties par les al. 2d) et 2b) n'imposent qu'une obligation de non-ingérence au législateur.

Bien que, dans les arrêts *Haig*, *AFAC*, *Siemens* et *Delisle*, la Cour ait conclu que des lois ou mesures gouvernementales de portée restreinte ne portaient pas atteinte à l'art. 2 et qu'il n'existait pas de droit à telle ou telle tribune destinée à favoriser l'expression, elle n'a pas pour autant exclu que, dans des cas exceptionnels, une mesure gouvernementale positive puisse être exigée par l'art. 2. Dans *Haig*, par exemple, la juge L'Heureux-Dubé a indiqué, à la p. 1039, que des mesures gouvernementales pourraient être nécessaires dans certains cas :

... il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.

Dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, la Cour à la majorité a conclu à l'existence d'une telle exception à la règle générale selon laquelle l'art. 2 ne requiert pas de mesure gouvernementale positive. Elle a jugé que des mesures législatives en droit du travail qui excluaient les travailleurs agricoles de

considered the factors relevant to establishing an exception:

(1) Claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime (para. 24).

(2) The claimant must meet an evidentiary burden of demonstrating that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with activity protected under s. 2 (para. 25), or that the purpose of the exclusion was to infringe such activity (paras. 31-33). The exercise of a fundamental freedom need not be impossible, but the claimant must seek more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms (para. 25).

(3) The state must be accountable for the inability to exercise the fundamental freedom: “[U]nderinclusive state action falls into suspicion not simply to the extent it discriminates against an unprotected class, but to the extent it substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms” (para. 26).

28

In *Dunmore*, these factors were met. The appellant agricultural workers sought protection for the freedom to establish and maintain an employee association. They were substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without protective legislation. Furthermore, their exclusion from the legislative regime “function[ed] not simply to permit private interference with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences” (para. 35). Agricultural workers were distinguished from the RCMP officers in *Delisle* because RCMP officers were capable of associating despite exclusion from a protective regime. Unlike agricultural workers, for RCMP officers, inclusion in a statutory regime would serve to enhance rather than safeguard their exercise of a fundamental freedom.

l’application d’un régime de protection contrevenaient à l’al. 2*d*). Le juge Bastarache, qui a rédigé l’opinion majoritaire, a décrit les considérations susceptibles de justifier une exception :

(1) Les arguments fondés sur la non-inclusion doivent reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l’accès à un régime légal précis (par. 24).

(2) Il incombe au demandeur de démontrer que l’exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l’exercice de l’activité protégée par l’art. 2 (par. 25), ou que l’objet de l’exclusion était de faire obstacle à une telle activité (par. 31-33). Il n’est pas nécessaire que l’exercice d’une liberté fondamentale soit impossible, mais le demandeur doit rechercher davantage qu’une voie particulière pour l’exercice de ses libertés fondamentales (par. 25).

(3) L’État doit pouvoir vraiment être tenu responsable de toute incapacité d’exercer une liberté fondamentale : « [L]a mesure gouvernementale de portée trop limitative devient suspecte non seulement dans la mesure où elle est discriminatoire à l’endroit d’une catégorie non protégée, mais aussi dans la mesure où elle orchestre, encourage ou tolère d’une manière substantielle la violation de libertés fondamentales » (par. 26).

Dans *Dunmore*, ces conditions étaient remplies. Les travailleurs agricoles appelants revendiquaient la protection de leur liberté de constituer et de maintenir une association d’employés. Sans protection légale, ils étaient essentiellement dans l’incapacité d’exercer leur liberté d’association. De plus, leur exclusion du régime législatif « n’a[vait] pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement » (par. 35). La Cour a établi une distinction entre les travailleurs agricoles et les agents de la GRC, groupe visé dans l’arrêt *Delisle*, au motif que ces derniers avaient la capacité de s’associer malgré leur exclusion d’un régime de protection. Contrairement à la situation des travailleurs agricoles, l’inclusion des agents de la GRC dans le régime légal aurait servi à améliorer l’exercice d’une liberté fondamentale plutôt qu’à protéger cet exercice.

While *Dunmore* concerned freedom of association rather than freedom of expression, the three factors for challenging underinclusive legislation were described as applicable to s. 2 in general. As Bastarache J. noted, *Haig*, *NWAC* and *Delisle* circumscribed, but did not foreclose, the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*. Thus, *Dunmore* makes clear that while claims of underinclusion may raise concerns under *Charter* s. 15 equality rights, in certain cases, underinclusion may offend s. 2 itself.

In cases where a government defending a *Charter* challenge alleges, or the *Charter* claimant concedes, that a positive rights claim is being made under s. 2(b), a court must proceed in the following way. First, it must consider whether the activity for which the claimant seeks s. 2(b) protection is a form of expression. If so, then second, the court must determine if the claimant claims a positive entitlement to government action, or simply the right to be free from government interference. If it is a positive rights claim, then third, the three *Dunmore* factors must be considered. As indicated above, these three factors are (1) that the claim is grounded in a fundamental freedom of expression rather than in access to a particular statutory regime; (2) that the claimant has demonstrated that exclusion from a statutory regime has the effect of a substantial interference with s. 2(b) freedom of expression, or has the purpose of infringing freedom of expression under s. 2(b); and (3) that the government is responsible for the inability to exercise the fundamental freedom. If the claimant cannot satisfy these criteria then the s. 2(b) claim will fail. If the three factors are satisfied then s. 2(b) has been infringed and the analysis will shift to s. 1.

Bien que l'arrêt *Dunmore* portât sur la liberté d'association et non sur la liberté d'expression, la Cour a estimé que les trois conditions requises pour contester des mesures législatives de portée restreinte s'appliquaient à l'art. 2 en général. Comme l'a indiqué le juge Bastarache, les arrêts *Haig*, *AFAC* et *Delisle* délimitent — mais n'excluent pas — la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte*. Ainsi, l'arrêt *Dunmore* établit clairement que si les arguments fondés sur la non-inclusion sont susceptibles de soulever des questions au regard des droits à l'égalité prévus par l'art. 15 de la *Charte*, des mesures non-inclusives peuvent elles aussi, dans certains cas, porter atteinte à l'art. 2.

Dans les cas où le gouvernement qui défend une mesure contestée sur le fondement de la *Charte* plaide — ou que l'auteur de la demande fondée sur la *Charte* concède — que les droits positifs revendiqués sont demandés en vertu de l'al. 2b), le tribunal doit procéder comme suit. Dans un premier temps, il doit se demander si l'activité pour laquelle le demandeur réclame la protection de l'al. 2b) est une forme d'expression. Dans l'affirmative, le tribunal doit, dans un deuxième temps, décider si le demandeur revendique un droit positif à une mesure gouvernementale ou simplement le droit d'être protégé contre l'ingérence du gouvernement. Enfin, troisièmement, s'il s'agit d'une demande d'intervention positive, les trois conditions énoncées dans *Dunmore* doivent être prises en considération : (1) la demande doit reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) le demandeur doit démontrer que l'exclusion du régime légal constitue une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2b) ou que l'objet de l'exclusion était de faire obstacle à une telle activité; (3) l'État doit pouvoir être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. Si le demandeur ne peut satisfaire à ces critères, la demande fondée sur l'al. 2b) sera rejetée. Si les trois conditions sont remplies, l'al. 2b) a été violé et le tribunal procédera alors à l'analyse fondée sur l'article premier.

## VII. Application to the Case

### Question 1

Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### A. *Expressive Activity*

31 The threshold to any s. 2(b) claim must be that there is expression involved. The appellants claim that “[s]tanding for election to the office of school trustee and serving as a school trustee” are expressive activities, the restriction of which they claim violates s. 2(b) (appellants’ factum, at para. 27). These activities, they argue, represent “unique and important opportunities to engage in political debate, persuasion and voting on the governance, funding and management of the public and separate education systems” (*ibid.*). The respondent concedes that seeking nomination for school trustee and some of the activities of school trustees may be characterized as having an expressive nature (respondent’s factum, at paras. 1 and 18).

32 It might be said that the expressive nature of school trusteeship is merely incidental, and that school boards are primarily concerned with school management rather than expression. However, there is nothing that requires that the activity in question be purely or predominantly expression to count as expression for s. 2(b) purposes (see e.g. *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588).

33 The LAEA Amendments only restrict who has access to the platform of school trusteeship for expressive activity. They do not constrain the expressive activities of those with access to the platform, i.e. those not ineligible to be school trustees. I interpret the appellants’ complaint as “I do not have access to school trusteeship to express myself” rather than, “as a school trustee I cannot express a particular view”. Expressive activity is in

## VII. Application à la présente affaire

### Question 1

Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### A. *L’activité expressive*

Pour qu’une demande soit considérée comme relevant de l’al. 2b), il faut tout d’abord qu’une forme d’expression soit en cause. Les appelants prétendent que [TRADUCTION] « [I]e fait de se porter candidat à une élection pour un poste de conseiller scolaire et l’exercice de cette fonction » constituent des activités expressives et que les restrictions imposées à l’égard de ces activités contreviennent à l’al. 2b). Ils font valoir que ces activités représentent « des possibilités toutes particulières et importantes de débattre politiquement, convaincre et voter relativement à la gouvernance, au financement et à la gestion des systèmes d’éducation publics et séparés » (mémoire des appelants, par. 27). L’intimée reconnaît qu’il est possible d’affirmer que le fait de se porter candidat à un poste de conseiller scolaire et certaines activités des conseillers scolaires possèdent un caractère expressif (mémoire de l’intimée, par. 1 et 18).

Il est possible d’affirmer que le caractère expressif du poste de conseiller scolaire est seulement accessoire, et que les conseils scolaires s’occupent principalement de gestion scolaire plutôt que d’expression. Toutefois, rien n’exige, pour l’application de l’al. 2b), que l’activité en cause ait un caractère purement ou principalement expressif (voir, par exemple, *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588).

Les restrictions établies par la Loi modificative ne font qu’empêcher certaines personnes d’avoir accès, aux fins d’exercice d’activités expressives, à la tribune que constitue le poste de conseiller scolaire. Elles ne limitent pas les activités expressives de ceux qui ont accès à cette tribune, c’est-à-dire ceux qui ne sont pas inéligibles comme conseiller scolaire. Selon moi, les appelants se plaignent du fait « qu’ils n’ont pas accès à un poste de conseiller

issue, although what is restricted is the platform on which that expression may take place rather than the content of the expression. I find that the expressive aspects of school trustee candidacy and school trusteeship are sufficient to continue consideration of whether s. 2(b) is violated.

B. *Is a Positive Right Claimed?*

Having decided that expression is involved, it must next be determined whether that expression is protected under s. 2(b). As previously observed, s. 2(b) is not without limits and not every expressive activity is accorded constitutional protection. Alberta submits that the appellants are claiming a positive right, because the activities at issue exist only by virtue of the school board system set up under the *School Act*, R.S.A. 2000, c. S-3, and the trustee election provisions in the LAEA. The appellants claim that they are not seeking a positive right but simply wish to preserve the legislative *status quo ante* in existence since from at least 1961 until the LAEA Amendments were enacted. They ask for the Court's assistance in respect of what they claim is their negative right to be free from a newly imposed government restraint on their freedom of expression, not in respect of a positive right to a particular platform or benefit to which they previously had no access.

To determine whether a right claimed is a positive right, the question is whether the appellants claim the government must legislate or otherwise act to support or enable an expressive activity. Making the case for a negative right would require the appellants to seek freedom from government legislation or action suppressing an expressive activity in which people would otherwise be free to engage, without any need for any government support or enablement.

scolaire qui leur permettrait de s'exprimer » et non pas « qu'en tant que conseiller scolaire ils n'ont pas le droit d'exprimer tel ou tel point de vue ». Une activité expressive est en cause, mais les restrictions visent la tribune où peut être exercée la forme d'expression plutôt que le contenu de celle-ci. J'estime que le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice d'une telle fonction sont des activités possédant un caractère suffisamment expressif pour justifier la poursuite de l'examen de la question de savoir s'il y a violation de l'al. 2b).

B. *Est-on en présence de la revendication d'un droit positif?*

Ayant conclu qu'une forme d'expression est en cause, nous devons maintenant nous demander si celle-ci est protégée par l'al. 2b). Nous avons vu que cette disposition n'a pas une portée illimitée et que la Constitution ne protège pas toute activité expressive. L'Alberta fait valoir que les appelants revendiquent un droit positif, étant donné que les activités concernées n'existent qu'en vertu du système des conseils scolaires établi sous le régime de la *School Act*, R.S.A. 2000, ch. S-3, et des dispositions relatives à l'élection des conseillers prévues par la Loi. Les appelants soutiennent qu'ils ne cherchent pas à obtenir un droit positif, mais simplement à faire rétablir la situation législative ayant existé depuis au moins 1961 jusqu'à l'édiction de la Loi modificative. Ils sollicitent l'aide de la Cour à l'égard de ce qu'ils considèrent être leur droit négatif de ne pas être assujettis à de nouvelles mesures gouvernementales restreignant leur liberté d'expression, et non à l'égard d'un droit positif à une tribune ou à un avantage auxquels ils n'avaient pas accès auparavant.

Pour déterminer si le droit invoqué est positif, il faut se demander si les appelants prétendent que le gouvernement devrait légiférer ou prendre d'autres mesures pour appuyer ou permettre une activité expressive. Pour que nous soyons en présence d'un droit négatif, il faudrait que les appelants cherchent à ne pas être assujettis à des dispositions législatives ou à des mesures gouvernementales supprimant une activité expressive qu'ils seraient autrement libres d'exercer sans appui ou habilitation de la part du gouvernement.

34

35

36

The appellants in this case make a claim for the government to legislate to enable expressive activity. Their claim is thus a positive one. The appellants seek access to the statutory platform of school trustee candidacy and school trusteeship. The fact that the appellants had access to this statutory platform prior to the LAEA Amendments cannot convert their claim into a negative one. There is no meaningful distinction in this case between a hypothetical situation where the government for the first time provides for elected school boards with provisions to disqualify school employees from running and serving as trustees, and the present situation where pre-existing legislation has been amended to that end. To hold otherwise would mean that once a government had created a statutory platform, it could never change or repeal it without infringing s. 2(b) and justifying such changes under s. 1.

37

In *Dunmore*, the statutory platform at issue had previously been extended to the claimants and had been withdrawn by amending legislation. The Court in that case nonetheless concluded that the claim presented was one of positive entitlement. The same is true in this case. The appellants had previously been included in the statutory scheme in question. The LAEA Amendments excluded them. They now seek inclusion in an underinclusive statutory scheme, the hallmark of a positive rights claim.

38

The appellants are asking this Court in effect to constitutionalize the prior regime. Although school boards play an important role in educational governance by carrying out the mandatory and discretionary duties prescribed to them in Alberta by the *School Act*, they are creatures of the provincial government, and their existence is not constitutionally protected. As this Court held in *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 1 S.C.R. 470, 2001 SCC 15, at paras. 57-58:

Dans la présente affaire, les appelants demandent au gouvernement de légiférer pour permettre une activité expressive. Ils revendiquent donc un droit positif. Ils cherchent à obtenir l'accès à la tribune d'origine législative que constituent la possibilité de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction. Le fait qu'ils aient eu accès à cette tribune avant l'entrée en vigueur de la Loi modificative ne saurait transformer le droit qu'ils demandent en un droit négatif. Il n'existe pas en l'espèce de distinction significative entre la situation hypothétique où le gouvernement légiférerait pour la première fois sur l'élection de conseils scolaires en précisant que les employés d'écoles ne peuvent briguer un poste de conseiller ni exercer cette fonction, et la situation actuelle où une loi existante a été modifiée à cette fin. Conclure autrement équivaldrait à dire qu'une fois que le gouvernement a légiféré pour créer une tribune, il ne peut jamais la modifier ou la supprimer sans contrevenir à l'al. 2b) et devoir justifier de tels changements au regard de l'article premier.

Dans l'arrêt *Dunmore*, l'accès à la tribune d'origine législative en cause avait auparavant été étendu aux demandeurs avant de leur être enlevé par une modification législative. La Cour a néanmoins conclu que le droit revendiqué était un droit positif. Il en va de même en l'espèce. Les appelants étaient auparavant inclus dans le régime législatif en cause. La Loi modificative les en a exclus. Aujourd'hui, ils demandent l'inclusion dans un régime législatif dont le champ d'application est restreint, élément qui est une caractéristique d'une demande visant un droit positif.

Les appelants demandent en fait à la Cour de constitutionnaliser le régime antérieur. Bien que les conseils scolaires de l'Alberta jouent un rôle important en matière de gestion scolaire en s'acquittant des fonctions obligatoires et facultatives qui leur sont attribuées en Alberta par la *School Act*, les conseils sont des émanations du gouvernement provincial et leur existence n'est pas protégée par la Constitution. Comme l'a indiqué notre Cour dans *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15, par. 57-58 :

Subject to s. 93, public school boards as an institution have no constitutional status.

Campbell J. correctly stated the law in this regard in *Ontario Public School Boards' Assn.*, *supra*, at p. 361:

Municipal governments and special purpose municipal institutions such as school boards are creatures of the provincial government. Subject to the constitutional limits in s. 93 of the *Constitution Act, 1867* these institutions have no constitutional status or independent autonomy and the province has absolute and unfettered legal power to do with them as it wills.

See also *Alberta Public Schools*, *supra*, at paras. 33 and 34.

Voting and candidacy rights are explicitly protected in s. 3 of the *Charter* but only in relation to the House of Commons and provincial legislatures. The intervener Public School Boards' Association of Alberta submits that school boards as institutions of local government have constitutional status in the "conventional or quasi-constitutional sense". However, it is not for this Court to create constitutional rights in respect of a third order of government where the words of the Constitution read in context do not do so.

The appellants argued that s. 2(b) engages the interest of the receiver as well as the sender of expression and that the LAEA Amendments deprive the receiver of the right to decide to hear school employees' messages, and to decide that a particular school employee is or is not the best candidate to serve as trustee. While it may be true that s. 2(b) generally includes a right to receive as well as broadcast expression (see e.g. *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43, at para. 26), just as there is no s. 2(b) right of access to statutory platforms, there is no s. 2(b) right to receive expression through a particular statutory platform.

Sous réserve de l'art. 93, les conseils des écoles publiques n'ont, à titre d'institutions, aucun statut constitutionnel.

Le juge Campbell a bien énoncé le droit à cet égard dans *Ontario Public School Boards' Assn.*, précité, p. 361 :

[TRADUCTION] Les administrations municipales et les institutions municipales à vocation particulière comme les conseils scolaires sont des créatures du gouvernement provincial. Sous réserve des limites constitutionnelles de l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ces institutions n'ont aucun statut constitutionnel ni aucune autonomie indépendante, tandis que la province a le pouvoir juridique absolu et sans réserve de les traiter comme elle l'entend.

Voir aussi *Alberta Public Schools*, précité, par. 33-34.

Le droit de voter et celui de se porter candidat sont expressément protégés à l'art. 3 de la *Charte*, mais seulement pour les élections législatives fédérales ou provinciales. L'intervenante Public School Boards' Association of Alberta soutient que les conseils scolaires ont, en tant qu'institutions publiques locales, un statut constitutionnel au [TRADUCTION] « sens conventionnel ou quasi-constitutionnel ». Il n'appartient cependant pas à notre Cour de créer des droits constitutionnels à l'égard d'un troisième ordre de gouvernement lorsque, interprété contextuellement, le texte de la Constitution ne le fait pas.

Les appelants font valoir que l'al. 2b) met en jeu aussi bien l'intérêt du récepteur du message transmis par la forme d'expression que celui de l'émetteur, et que la Loi modificative a pour effet de priver le récepteur du droit de décider d'entendre les messages des employés d'écoles et de juger si tel ou tel employé est ou n'est pas le meilleur candidat pour un poste de conseiller. Bien que l'al. 2b) inclue généralement, il est vrai, autant le droit de recevoir le message exprimé que celui de le diffuser (voir, par exemple, *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43, par. 26), il ne reconnaît cependant pas de droit d'accès à des tribunes d'origine législative, ni davantage le droit de recevoir un message exprimé au moyen d'une tribune législative donnée.

39

40

41

The appellants argue that s. 2(b) would be very limited if it applied only to areas unregulated by statute. However, the distinction between positive and negative rights does not rest on whether expression or activity is unregulated by statute, but rather on whether what is sought is positive government legislation or action as opposed to freedom from government restrictions on activity in which people could otherwise freely engage without government enablement. For example, *Libman* involved a successful challenge of legislation that regulated referendum campaign expenditures by providing that only the agents of official “Yes” or “No” committees were permitted to incur or authorize certain expenditures. Those not part of the official committees were thus unable to make expenditures to, for example, publicize their point of view on the referendum. The Court held that their fundamental freedom of expression to incur expenditures in promoting their views was infringed. The activity, incurring expenditures to promote views on the referendum, was regulated by statute, but the claim was a negative one, to be free from statutory restrictions on incurring such expenditures. Thus, the fact that a matter is regulated by statute is not what limits s. 2(b) protection. What is limited is a right to a platform under the statute.

42

The appellants submit that their claim should have been considered under the *Irwin Toy* test and that the Court of Appeal wrongly applied *Haig* to their case. They argue that the Court of Appeal’s approach would allow Alberta to enact legislation forbidding school trustees from criticizing government underfunding of schools. However, challengers to such a law would not be seeking access to a statutory platform. They would be seeking freedom from a constraint placed upon their expression, a typically negative right. Their prior ability to criticize government underfunding would be by virtue, not of their school trusteeship, but their underlying freedom of expression. Their complaint

Les appelants soutiennent que l’al. 2b) n’aurait qu’une portée très limitée s’il ne s’appliquait qu’aux domaines non régis par des textes législatifs. La distinction entre droits positifs et droits négatifs n’a cependant rien à voir avec le fait que le mode d’expression ou l’activité soit ou non réglementé par la loi. Il s’agit de savoir si on cherche à obtenir une mesure législative ou une action positive du gouvernement plutôt qu’à ne pas être assujéti à des restrictions gouvernementales à l’égard d’activités qui autrement pourraient être exercées librement sans besoin d’être habilités à le faire par l’État. Dans *Libman*, par exemple, on a contesté avec succès des dispositions législatives qui régissaient les dépenses faites dans le cadre d’une campagne référendaire et selon lesquelles seuls les agents officiels des comités du « oui » et du « non » pouvaient engager ou autoriser certaines dépenses. Les personnes ne faisant pas partie des comités officiels ne pouvaient pas, de ce fait, effectuer des dépenses pour faire connaître leur point de vue sur le référendum. La Cour a conclu qu’on avait porté atteinte à la liberté d’expression fondamentale de ces personnes d’engager des dépenses pour promouvoir leur point de vue. L’activité — engager des dépenses pour promouvoir un point de vue sur le référendum — était réglementée par la loi, mais le droit revendiqué était un droit négatif : ne pas être assujéti aux restrictions légales relatives à l’engagement de telles dépenses. Ainsi, le fait qu’une question soit régie par un texte législatif n’est pas ce qui limite la protection de l’al. 2b). Ce qui est limité est le droit à une tribune relevant du texte législatif.

Les appelants prétendent que leur demande aurait dû être examinée au regard du critère établi dans *Irwin Toy*, mais que la Cour d’appel a à tort appliqué l’arrêt *Haig* à leur situation. L’approche adoptée par la Cour d’appel permettrait selon eux à l’Alberta d’adopter une loi interdisant aux conseillers scolaires de critiquer le sous-financement des écoles par le gouvernement. Toutefois, ceux qui contesteraient une telle mesure législative chercheraient non pas à avoir accès à une tribune d’origine législative, mais plutôt à ne pas être assujéti à une contrainte touchant leur liberté d’expression — un droit négatif typique. La faculté qu’ils auraient eue jusque-là de critiquer le sous-financement gouvernemental

would not be that the legislation is underinclusive and thus would not be considered under the *Haig* line of authority. The case at bar is different. The Court of Appeal was correct in looking to the line of authority based on *Haig* when what was sought was access to a statutory platform.

C. *Are the Dunmore Factors Met Here?*

Having determined that the appellants are making a positive claim that the government legislate their inclusion into the platform of school trusteeship, the question is whether their claim meets the grounds for an exception to the general rule that s. 2(b) only protects from government interference. This involves a consideration of the three factors identified by Bastarache J. in *Dunmore* as stated above.

First, claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime. In this case, the appellants assert the right to run for election and to serve as school trustees. The appellants argue that the unique role of a school trustee means that when a teacher seeks to be able to run as a school trustee it is a fundamental freedom. However, claiming a unique role is not the same as claiming a fundamental freedom. The appellants' claim, as they have articulated it, is grounded in access to the particular statutory regime of school trusteeship. As such it would not meet the first of the *Dunmore* criteria.

Even if the appellants could meet the first *Dunmore* factor, they would fail at the second. Under the second *Dunmore* criterion, the claimant must demonstrate that exclusion from a statutory

découlerait non pas de leur poste de conseiller scolaire, mais de leur liberté d'expression sous-jacente. Comme leur plainte ne reprocherait pas à la loi d'avoir un champ d'application trop restreint, elle ne serait donc pas examinée au regard de la jurisprudence découlant de l'arrêt *Haig*. La présente affaire est différente. La Cour d'appel a eu raison de se reporter au courant jurisprudentiel fondé sur l'arrêt *Haig*, car ce qui était recherché c'était l'accès à une tribune d'origine législative.

C. *Les conditions établies dans Dunmore sont-elles remplies en l'espèce?*

Maintenant qu'il a été jugé que les appelants revendiquent un droit positif, à savoir que le gouvernement leur donne, par voie législative, accès à la tribune que constituent les conseils scolaires, il faut se demander si cette demande satisfait aux critères susceptibles de justifier une exception à la règle générale selon laquelle l'al. 2b) n'accorde sa protection qu'à l'égard de l'ingérence du gouvernement. Il est nécessaire pour cela d'examiner les trois conditions mentionnées par le juge Bastarache dans *Dunmore*, qui ont été décrites plus haut.

Premièrement, ceux qui contestent le caractère non inclusif d'une mesure législative devraient fonder leur demande sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis. En l'espèce, les appelants revendiquent le droit de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction. Ils soutiennent que, en raison du rôle tout à fait particulier du conseiller scolaire, l'enseignant qui souhaite avoir la possibilité de poser sa candidature à un poste de conseiller scolaire revendique une liberté fondamentale. Or, revendiquer un rôle tout à fait particulier n'est pas la même chose que revendiquer une liberté fondamentale. La demande des appelants, telle qu'ils l'ont formulée, se fonde sur l'accès à un régime légal précis, celui des conseils scolaires. Pour cette raison, elle ne satisferait pas au premier critère énoncé dans *Dunmore*.

Même si les appelants étaient en mesure de satisfaire au premier critère de l'arrêt *Dunmore*, ils ne parviendraient pas à satisfaire au deuxième, qui oblige le demandeur à démontrer que le fait d'être

43

44

45

regime has the effect of a substantial interference with activity protected under s. 2. The question is whether the LAEA Amendments substantially interfere with the appellants' freedom to express themselves on matters related to the education system.

46 I agree with Sulyma J., the chambers judge, that the effect of the LAEA Amendments will in many cases amount to school employees being practically excluded from school trusteeship. School employees may be unable to afford to resign from their posts in order to serve as trustees. However, the question remaining is whether this exclusion substantially interferes not with *being* a trustee, but with *expression* on matters related to the education system.

47 The appellants submit that there are no "alternatives" to the forms of expression they would enjoy by standing for election to the office of school trustee and serving in that role. Alberta claims that every school employee remains free to express him or herself in relation to school board operations in a myriad of other ways. Such persons, it submits, can participate and make presentations at school board meetings, lobby trustees, sit on school councils, write letters to newspapers, give media interviews, and write to MLAs and other public officials.

48 In my view, the appellants have not established that their practical exclusion from school trusteeship substantially interferes with their ability to express themselves on matters relating to the education system. The LAEA Amendments may deprive them of one particular means of expression, but it has not been demonstrated that absent inclusion in this statutory scheme, they are unable to express themselves on education issues. As Bastarache J. noted in *Delisle* at para. 41, diminished effectiveness in the conveyance of a message does not mean that s. 2(b) is violated. There must be substantial interference with the fundamental freedom. School employees may express themselves in many ways

exclu d'un régime légal constitue une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'art. 2. La question est de savoir si les modifications apportées par la Loi modificative contreviennent substantiellement à la liberté des appelants de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation.

À l'instar de la juge en chambre Sulyma, j'estime que les modifications apportées par la Loi modificative auront dans de nombreux cas pour effet d'exclure à toutes fins utiles des conseils scolaires les employés d'écoles, puisque ceux-ci n'ont pas nécessairement les moyens de quitter leur emploi pour exercer la fonction de conseiller. Toutefois, il reste à se demander si cette exclusion constitue une entrave substantielle, non pas à l'exercice de la fonction de conseiller, mais bien à la *liberté d'expression* sur les questions touchant le système d'éducation.

Selon les appelants, il n'existe pas de « solutions de rechange » aux formes d'expression dont ils bénéficieraient en se portant candidats aux élections des conseillers scolaires et en exerçant cette fonction. L'Alberta soutient pour sa part que tous les employés d'écoles demeurent libres de s'exprimer d'une foule d'autres façons sur les activités des conseils scolaires. Ils peuvent, dit-elle, participer aux réunions des conseils scolaires et y faire des présentations, faire du lobbying auprès des conseillers, siéger aux comités d'écoles, envoyer des lettres aux journaux, donner des entrevues aux médias, écrire aux députés provinciaux et aux fonctionnaires.

À mon avis, les appelants n'ont pas établi que le fait d'être en pratique exclus des conseils scolaires entrave substantiellement leur possibilité de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation. La Loi modificative les prive peut-être d'un moyen d'expression en particulier, mais il n'a pas été démontré qu'il leur serait impossible, faute d'être inclus dans ce régime légal, de s'exprimer sur ce sujet. Comme l'a indiqué le juge Bastarache dans l'arrêt *Delisle*, au par. 41, une transmission moins efficace du message ne signifie pas que l'al. 2b) est violé. Il doit exister une entrave substantielle à une liberté fondamentale. Les employés d'écoles peuvent s'exprimer de bien d'autres façons qu'en se

other than through running for election as, and serving as, a school trustee.

While the chambers judge mentioned the “uniqueness” of running for election and trusteeship as a form of expression and that the LAEA Amendments “drastically impair” freedom of expression, this was in the context of her s. 1 analysis (paras. 155 and 157). Having found, in error, that school trusteeship and candidacy were protected expression, her findings on the “uniqueness” of trusteeship were in respect of whether that specific form of expression was minimally impaired. However, the analysis under the second *Dunmore* factor involves a different question. The inquiry is whether *freedom of expression on educational matters*, as a more generally defined fundamental freedom under s. 2(b), is substantially interfered with by exclusion from school trusteeship. As stated above, the appellants’ ability to be a candidate and serve as a school trustee is significantly impaired by the legislation. But school trusteeship in itself is not a protected freedom.

In their factum in this Court, the appellants made brief reference to the purpose of the legislation as infringing s. 2(b): “Alberta’s purpose was to restrain the Appellants’ expressive activities” (para. 60). If it were shown that the purpose of any legislation was to substantially interfere with the exercise of freedom of expression, and not merely a purpose of excluding a group from a particular statutory regime, that legislation might violate s. 2(b). As Dickson J. for the majority in *Big M Drug Mart* stated, at p. 334, effects can never be relied on to save legislation with an invalid purpose.

portant candidats aux élections des conseillers scolaires et en exerçant cette fonction.

Bien que la juge en chambre ait souligné le [TRADUCTION] « caractère tout à fait particulier », en tant que forme d’expression, du fait de briguer un poste de conseiller scolaire et de l’exercice de cette fonction, et ait exprimé l’avis que la Loi modificative « porte considérablement atteinte » à la liberté d’expression, elle l’a fait dans le contexte de son analyse fondée sur l’article premier (par. 155 et 157). Ayant à tort conclu que l’exercice de la fonction de conseiller scolaire et le fait de briguer un tel poste étaient des formes d’expression protégées, ses conclusions concernant le « caractère tout à fait particulier » de la fonction de conseiller scolaire portaient sur la question de savoir s’il avait été porté atteinte de façon minimale à cette forme précise d’expression. Son analyse au regard du deuxième critère établi dans l’arrêt *Dunmore* soulève toutefois une question différente — celle de savoir si la *liberté d’expression sur la question touchant l’éducation*, à titre de liberté fondamentale définie d’une façon plus générale et garantie par l’al. 2b), est entravée d’une façon substantielle par le fait d’être exclu de la fonction de conseiller scolaire. Comme il a été précisé plus tôt, la capacité des appelants de briguer un poste de conseiller scolaire et d’exercer cette fonction *subit* une atteinte importante du fait des dispositions législatives en cause. Mais l’exercice de la fonction de conseiller scolaire n’est pas en soi une liberté protégée.

Dans le mémoire qu’ils ont présenté à la Cour, les appelants mentionnent brièvement que l’objet du texte législatif en cause contrevient à l’al. 2b) : [TRADUCTION] « l’objectif de l’Alberta était de restreindre les activités d’expression des appelants » (par. 60). Dans les cas où il est démontré qu’une loi avait pour objet d’entraver d’une façon substantielle l’exercice de la liberté d’expression, et non simplement d’exclure un groupe d’un régime légal précis, il est alors possible que cette loi contrevienne à l’al. 2b). Pour reprendre les termes employés par le juge Dickson, au nom de la majorité, dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, les effets d’une loi ne peuvent jamais être invoqués pour sauvegarder la validité de celle-ci lorsque son objet n’est pas légitime (p. 334).

49

50

51 However, the appellants did not support their claim of improper purpose with reference to specific evidence. Elsewhere in their factum they allege that conflict of interest, Alberta's asserted purpose for the legislation, was "simply the 'straw man' to excuse the draconian provisions of the [LAEA Amendments]" (para. 7). In that context they say that the amendments were introduced "hard on the heels of a series of strikes by teachers . . . and a government back-to-work order" that was struck down by the Court of Queen's Bench (para. 8).

52 On the other hand, as indicated, Alberta submits that the purpose of the amendments was avoidance of conflict of interest. Alberta referred to occasions on which the appellants, Ollenberger, McNiff and Baier recused themselves from discussions and voting on collective agreements and salary negotiations.

53 The chambers judge found "the purpose of the LAEA Amendments . . . does not infringe s. 2(b) as the legislation is meant to protect the democratic process by ensuring the business of school boards can be carried on without concerns about conflicts of interest" (para. 79). The party alleging improper purpose has the onus of demonstrating that to be true (*Delisle*, at para. 76, *per* Cory and Iacobucci JJ.). If there is a connection between the strike, the back to work order and the purpose of the legislation, it is, without more, attenuated. On this basis, I would not interfere with the findings of the chambers judge on this point.

54 The appellants have not met the evidentiary burden of demonstrating that exclusion from the statutory regime permits a substantial interference with their freedom of expression on school board issues or education generally. Rather they seek a particular channel of expression. Nor have the appellants proved that the purpose of the LAEA Amendments was to infringe their freedom of expression. Therefore, their claim does not meet

Les appelants n'ont toutefois pas invoqué d'éléments de preuve précis au soutien de leur argument fondé sur le caractère illégitime de l'objet des dispositions législatives. Dans un autre passage de leur mémoire, ils prétendent que la prévention des conflits d'intérêts — l'objet de la loi selon l'Alberta — était [TRADUCTION] « simplement le "prétexte" invoqué pour justifier les dispositions draconiennes [de la Loi modificative] » (par. 7). Dans ce contexte, les appelants affirment que les modifications ont été adoptées [TRADUCTION] « juste après une série de grèves d'enseignants [. . .] et un ordre de retour au travail donné par le gouvernement » qui a été annulé par la Cour du Banc de la Reine (par. 8).

Comme nous l'avons vu, l'Alberta soutient quant à elle que les modifications avaient pour objet de prévenir les conflits d'intérêts. Elle a mentionné qu'il était arrivé aux appelants Ollenberger, McNiff et Baier de se récuser lors de discussions et de votes sur des conventions collectives et des négociations salariales.

La juge en chambre a conclu que [TRADUCTION] « l'objet de la Loi modificative [. . .] ne contrevient pas à l'al. 2b) puisque les mesures législatives visent à protéger le processus démocratique en faisant en sorte que les conseils scolaires puissent s'acquitter de leur mission sans s'inquiéter de possibles conflits d'intérêts » (par. 79). La partie qui invoque le caractère illégitime de l'objet de la loi contestée a le fardeau d'en faire la preuve (*Delisle*, par. 76, les juges Cory et Iacobucci). S'il existe un lien entre la grève, l'ordre de retour au travail et l'objet des mesures législatives, il est, en l'absence d'éléments de preuve, plutôt mince. Pour cette raison, je ne modifierais pas les conclusions de la juge en chambre à cet égard.

Les appelants ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait de prouver que leur exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à leur liberté de s'exprimer sur les questions touchant les conseils scolaires ou l'éducation en général. Ils revendiquent plutôt un mode d'expression particulier. Ils n'ont pas non plus prouvé que les modifications apportées par la Loi modificative avait pour objet de porter atteinte à leur liberté d'expression.

the second *Dunmore* factor. Because the appellants have not established a substantial interference with their ability to exercise their freedom of expression, it is unnecessary to consider the third *Dunmore* factor.

In finding against the appellants here, I leave open the possibility that there may be exceptional situations where exclusion from a statutory platform interferes substantially with fundamental freedom of expression and meets the *Dunmore* criteria. While s. 2(b) does not give a right to a specific statutory platform, so that restricting access to such a platform will not generally offend s. 2(b), and while *Dunmore* itself was decided under s. 2(d) rather than s. 2(b), there may be exceptional cases where exclusion from a platform so substantially interferes with freedom of expression that it may infringe s. 2(b). However, the case at bar is not such a case.

#### D. *Interrelationship of Charter Rights*

LeBel J. characterizes the appellants' claim as the "right to take part in the management of Alberta's local education systems", although he concedes that "significant aspects of the role of a school trustee involve . . . expressive activities [which] belong in large part to the class of political expression" (para. 75). Despite this, he argues that freedom of expression is not engaged where the activity is "running for office and serving as a trustee on a school board" because what is fundamentally being claimed is a democratic right not protected by the *Charter*. I understand his idea to be that because the democratic rights enshrined in s. 3 of the *Charter* extend only to Parliamentary and legislative elections, the *Charter* does not protect the right to participate in other elections.

Par conséquent, leur demande ne satisfait pas au deuxième critère énoncé dans l'arrêt *Dunmore*. Comme les appelants n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à leur capacité d'exercer leur liberté d'expression, il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième critère établi dans *Dunmore*.

Quoique je rende une conclusion défavorable aux appelants en l'espèce, je n'écarte pas la possibilité qu'il puisse survenir des situations exceptionnelles où l'exclusion de certaines personnes d'une tribune d'origine législative entraverait d'une façon substantielle leur liberté d'expression fondamentale et satisferait aux critères établis dans l'arrêt *Dunmore*. Bien que l'al. 2b) ne confère pas un droit à une tribune d'origine législative en particulier, de sorte que la restriction de l'accès à une telle tribune ne portera généralement pas atteinte à l'al. 2b), et bien que l'arrêt *Dunmore* lui-même ait été tranché en fonction de l'al. 2d) et non de l'al. 2b), il pourrait en effet se présenter des cas exceptionnels où le fait d'exclure des personnes d'une tribune constituerait une entrave substantielle telle à leur liberté d'expression que l'exclusion de ces personnes pourrait violer l'al. 2b). Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

#### D. *Interrelation des droits garantis par la Charte*

Le juge LeBel qualifie le droit revendiqué par les appelants de « droit de participation à la direction des administrations scolaires locales en Alberta », bien qu'il reconnaisse que « [c]ertains aspects importants du rôle de conseiller scolaire impliquent [. . .] [d]es activités expressives [qui] appartiennent dans une large mesure à une catégorie de formes d'expression politique » (par. 75). Malgré cela, il affirme que la liberté d'expression n'est pas en jeu lorsque l'activité dont il est question est « de briguer un poste de conseiller scolaire et [. . .] d'exercer cette fonction », parce que, fondamentalement, ce qui est revendiqué est un droit démocratique non protégé par la *Charte*. Si je comprends bien cet argument, comme les droits démocratiques constitutionnalisés à l'art. 3 de la *Charte* ne s'appliquent qu'aux élections législatives fédérales et provinciales, la *Charte* ne protège pas de droit de participer à d'autres élections.

57

I agree with LeBel J. that the appellants' claim could be characterized as a claim for a democratic right. However, it does not follow that s. 2(b) is not engaged. In *Haig*, the right to vote in a referendum was held not to be protected under s. 3. Notwithstanding the unsuccessful s. 3 claim, voting was held to be a form of expression (at p. 1040) and the claim was considered under s. 2(b). This approach was followed in *Siemens*, a unanimous decision of this Court (para. 41). Under LeBel J.'s approach, the Court would have held in each of these cases that at its foundation, the claim was for a democratic right which the *Charter* did not protect. Thus, the expressive aspects of voting would have been irrelevant and there would have been no consideration under s. 2(b).

58

As LeBel J. concedes, *Charter* rights overlap and cannot be pigeonholed. The interrelationship between the *Charter*'s various rights and freedoms is a long-standing principle that informs *Charter* analysis. As the Court noted in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326:

Before entering into a detailed discussion of the issues, it may be useful to note that this case exemplifies the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete. . . . Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

Je suis d'accord avec le juge LeBel pour dire que la demande des appelants peut être qualifiée de revendication d'un droit démocratique. Cependant, il ne s'ensuit pas que l'al. 2b) ne s'applique pas. Dans l'arrêt *Haig*, il a été jugé que le droit de voter à un référendum n'était pas protégé par l'art. 3. Malgré le rejet de la prétention fondée sur l'art. 3, le droit de voter a été considéré constituer une forme d'expression (p. 1040) et la demande a été examinée au regard de l'al. 2b). Cette démarche a été suivie dans l'arrêt *Siemens*, une décision unanime de notre Cour (par. 41). Conformément à l'analyse du juge LeBel, la Cour aurait dans chacun de ces cas conclu que, fondamentalement, la demande sollicitait un droit démocratique qui n'était pas protégé par la *Charte*. En conséquence, les aspects expressifs du droit de vote n'auraient pas été pertinents et il n'y aurait pas eu d'examen fondé sur l'al. 2b).

Comme le reconnaît le juge LeBel, les droits garantis par la *Charte* se chevauchent et ne peuvent pas être compartimentés. L'interrelation des divers droits et libertés garantis par la *Charte* est un principe établi depuis longtemps dont il faut tenir compte dans l'analyse de ce texte. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 326 :

Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres [. . .] Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Accordingly, the scope of one *Charter* right does not circumscribe the scope of another. As La Forest J., writing for himself, Sopinka and Gonthier JJ., articulated in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 320:

[A] person is not deprived of protection under a provision of the *Charter* merely because protection may also be derived under another. The rights overlap in defining Canadian society, and I see no reason for depriving a litigant of success because he has chosen one provision that legitimately appears to cover the matter of which he or she complains, rather than another. That would often be the effect if the individual rights and freedoms were construed as discrete rather than overlapping.

The right to run for elected office is a right protected by s. 3 in the case of legislatures and Parliament. However, s. 3 does not “occupy the field” just because the right claimed in this case involves standing for election. Where both ss. 3 and 2(b) are implicated, *each* right must be given effect: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 80, *per* Bastarache J. A finding that s. 3 does not apply does not foreclose consideration of a claim under s. 2(b). LeBel J.’s approach strays from the long-standing recognition of the overlapping relationship of various *Charter* rights by using s. 3 to read down the scope of s. 2(b) of the *Charter*.

Nevertheless, for the reasons I have given, I would not find a s. 2(b) violation in this case. The consistent approach of this Court has been to characterize a claim such as the appellants’ as a claim to a platform for expression, which engages s. 2(b). The platform approach strikes an appropriate balance by maintaining this Court’s traditional broad approach to freedom of expression, without constitutionalizing a positive obligation on governments to provide platforms of expression except in unusual circumstances. I have found that such unusual

Par conséquent, le champ d’application d’un droit reconnu par la *Charte* ne délimite pas le champ d’application d’un autre droit. Comme l’a expliqué le juge La Forest, qui s’exprimait alors pour lui-même et pour les juges Sopinka et Gonthier, dans l’arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 320 :

[O]n ne saurait être privé de la protection garantie par une disposition de la *Charte* pour la simple raison que cette protection peut également découler d’une autre disposition. Il y a chevauchement des droits dans la société canadienne, et je ne vois aucune raison de refuser gain de cause à un justiciable qui a choisi d’invoquer une disposition qui paraît légitimement viser l’objet de sa plainte plutôt qu’une autre. Or tel serait souvent le cas si l’on interprétait les droits et libertés individuels comme distincts plutôt que comme se chevauchant.

Le droit de porter candidat à une élection est protégé par l’art. 3 pour ce qui est des élections fédérales et provinciales. Toutefois, l’art. 3 n’« occupe pas tout le champ » du seul fait que le droit revendiqué porte sur l’éligibilité à des élections. Dans les cas où tant l’art. 3 que l’al. 2b) sont concernés, il faut donner effet à *chaque* droit : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 80, le juge Bastarache. Le fait de conclure à l’inapplicabilité de l’art. 3 ne fait pas obstacle à l’examen d’une demande fondée sur l’al. 2b). L’analyse du juge LeBel déroge à la reconnaissance de longue date des chevauchements qui existent entre les divers droits garantis par la *Charte*, en ce qu’elle utilise l’art. 3 pour réduire le champ d’application de l’al. 2b) de la *Charte*.

Néanmoins, pour les raisons que j’ai exposées, je n’estime pas qu’il y a violation de l’al. 2b) en l’espèce. Les demandes du genre de celle présentée par les appelants ont constamment été qualifiées par notre Cour de demandes sollicitant une tribune d’expression, demandes qui sont visées par l’al. 2b). L’analyse relative aux tribunes d’expression permet d’établir un juste équilibre en maintenant la démarche générale traditionnelle appliquée par la Cour à l’égard de la liberté d’expression, sans pour autant constitutionnaliser une obligation positive imposant

59

60

circumstances are not present in the appellants' case.

E. *Conclusion on Section 2(b)*

61 The appellants' claim is one of access to a statutory platform. It does not meet the criteria set out in *Dunmore* to warrant an exception to the general rule that freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* does not grant the right to a statutorily created platform for expression. The appellants' s. 2(b) claim must therefore be dismissed.

Question 2

If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

62 As s. 2(b) is not infringed, there is no need to consider s. 1.

Question 3

Do ss. 1(2)(a) and 1(2)(b) of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

63 The appellants submit that the LAEA Amendments violate s. 15(1) of the *Charter* by infringing their right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination on the alleged analogous ground of occupational status. There is no need to describe here the steps in a s. 15(1) analysis, which were elaborated by Iacobucci J. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, at paras. 21-87, and summarized at para. 88, and have been reiterated in many cases since. Applying this approach, I find that there is differential treatment of school employees under the LAEA Amendments, as compared with the comparator group identified by the appellants, which consists of municipal employees. However, this differential treatment is not based on an enumerated or analogous ground.

aux gouvernements de fournir des tribunes d'expression sauf en cas de circonstances inhabituelles. Je conclus que la situation des appelants ne présente pas de telles circonstances inhabituelles.

E. *Conclusion quant à l'al. 2b)*

Les appelants sollicitent l'accès à une tribune d'origine législative. Cette demande ne satisfait pas aux critères énoncés dans *Dunmore* et ne justifie pas de déroger à la règle générale selon laquelle la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* n'accorde pas un droit d'accès à une tribune créée par la loi pour favoriser l'expression. Par conséquent, la demande des appelants fondée sur l'al. 2b) doit être rejetée.

Question 2

Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu l'absence de violation de l'al. 2b), il n'est pas nécessaire de considérer l'article premier.

Question 3

Les alinéas 1(2)a) et 1(2)b) de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, contreviennent-ils à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les appelants soutiennent que les modifications apportées par la Loi modificative violent le par. 15(1) de la *Charte* en portant atteinte à leur droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur le motif analogue que constitue, selon eux, le statut professionnel. Il est inutile de décrire les étapes de l'analyse fondée sur le par. 15(1), que le juge Iacobucci a exposées en détail dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, aux par. 21-87, puis résumées au par. 88, et qui ont été réitérées dans de nombreux arrêts depuis. Appliquant cette analyse, je conclus que la Loi modificative traite différemment les employés d'écoles et le groupe de comparaison retenu par les appelants, les employés municipaux, mais que ce traitement différent n'est pas fondé sur un motif énuméré ou analogue.

In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13, McLachlin J. (as she then was) and Bastarache J. for the majority discussed how to identify analogous grounds:

What then are the criteria by which we identify a ground of distinction as analogous? The obvious answer is that we look for grounds of distinction that are analogous or like the grounds enumerated in s. 15 — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It seems to us that what these grounds have in common is the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. . . . Other factors identified in the cases as associated with the enumerated and analogous grounds, like the fact that the decision adversely impacts on a discrete and insular minority or a group that has been historically discriminated against, may be seen to flow from the central concept of immutable or constructively immutable personal characteristics, which too often have served as illegitimate and demeaning proxies for merit-based decision making.

They also stated at para. 8 that analogous grounds “stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination”.

I cannot find any basis for identifying occupational status as an analogous ground on the evidence presented in this case. Neither the occupational status of school employees nor that of teachers have been shown to be immutable or constructively immutable characteristics. School employees cannot be characterized as a discrete and insular minority. The appellants have not established that the occupational status of school employees is a constant marker of suspect decision making or potential discrimination.

In *Delisle*, Bastarache J. for the majority, at para. 44, held:

Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et le juge Bastarache, qui s'exprimaient au nom de la majorité, ont expliqué à quoi peuvent se reconnaître des motifs analogues :

En conséquence, quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 — la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle [. . .] D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus.

Ils ont ajouté, au par. 8, que les motifs analogues « constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle ».

Je ne vois aucune raison, à la lumière de la preuve présentée en l'espèce, de considérer le statut professionnel comme un motif analogue. On n'a pas démontré que le statut professionnel des employés d'écoles ou celui des enseignants constituait une caractéristique immuable ou considérée immuable. On ne saurait non plus qualifier les employés d'écoles de minorité distincte et isolée. Les appellants n'ont pas établi que le statut professionnel des employés d'écoles est un indicateur permanent de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle.

Dans l'arrêt *Delisle*, le juge Bastarache, qui s'exprimait alors pour la majorité, a écrit ceci au par. 44 :

64

65

66

... the appellant has not established that the professional status or employment of RCMP members are analogous grounds. It is not a matter of functionally immutable characteristics in a context of labour market flexibility. A distinction based on employment does not identify, here, “a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality” (*Corbiere*, at para. 8), in view in particular of the status of police officers in society.

It has not been demonstrated that this reasoning with respect to RCMP officers should not apply to teachers and other school employees.

67 I agree with Costigan J.A. for the Court of Appeal that the appellants have failed to establish that the LAEA Amendments infringe s. 15(1).

#### Question 4

If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

68 As s. 15 is not infringed, there is no need to consider s. 1.

#### VIII. Conclusion

69 The appeal should be dismissed with costs.

The reasons of Bastarache, LeBel and Abella JJ. were delivered by

70 LEBEL J. — I have read the reasons of my colleagues Rothstein and Fish JJ. While I agree with Rothstein J. that this appeal must be dismissed, I reach this conclusion for different reasons. With respect, I cannot agree that this case engages the protection of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in my view, the appellants’ claim must therefore fail.

71 I need not summarize the facts of this case or details of the *School Trustee Statutes Amendment*

... l’appelant n’a pas établi que le statut professionnel ou l’emploi des membres de la GRC sont des motifs analogues. Il ne s’agit pas de caractéristiques fonctionnellement immuables dans un contexte de fluidité du marché du travail. La distinction fondée sur l’emploi n’indique pas, ici, « qu’un certain processus décisionnel est suspect parce qu’il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l’égalité réelle » (*Corbiere*, au par. 8), compte tenu notamment du statut de policier dans la société.

Il n’a pas été démontré que ce raisonnement concernant les agents de la GRC ne devrait pas s’appliquer aux enseignants et autres employés d’écoles.

À l’instar du juge Costigan de la Cour d’appel, j’estime que les appelants n’ont pas établi que les modifications apportées par la Loi modificative contreviennent au par. 15(1).

#### Question 4

Dans l’affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu l’absence de violation de l’art. 15, il n’est pas nécessaire de considérer l’article premier.

#### VIII. Conclusion

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Abella rendus par

LE JUGE LEBEL — J’ai lu les motifs de mes collègues Rothstein et Fish. À l’instar du premier, je suis d’avis que le présent pourvoi doit être rejeté, mais j’arrive à cette conclusion pour des motifs différents. En toute déférence, je ne crois pas que la liberté d’expression garantie à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* soit en jeu dans la présente affaire et, pour cette raison, la demande des appelants doit à mon avis être rejetée.

Il n’est pas nécessaire que je résume les faits de l’affaire, les dispositions de la *School Trustee*

*Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23 (“LAEA Amendments”), and the legislative scheme at issue in this appeal. They have been discussed thoroughly in my colleagues’ comprehensive reasons.

As I see it, the appellants claim a right to participate in a political and managerial function in a democratically elected public body, namely a school board. The question that must be asked is whether the constitutional guarantee of freedom of expression protects a right to run for office as a school trustee and, if elected, to take part in the management of the school board. In my view it does not, despite the undeniable breadth of the guaranteed freedom. It should be noted that no right is asserted under s. 3 of the *Charter*.

This Court has adopted and employed a very expansive definition of expression. In the seminal case on freedom of expression, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 968, the majority of the Court explained that “[a]ctivity is expressive if it attempts to convey meaning”. That meaning is the content of expression, and s. 2(b) protects expressive activities from government-imposed restrictions on content. The protection provided by the s. 2(b) guarantee is based on communication. There must be a communicative purpose for an act to qualify as protected expression: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 40-8.

In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, the majority of this Court rejected an approach under which the scope of s. 2(b) would be narrowed to accommodate the exercise of another *Charter* right (see also *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, per Dickson C.J.). *Keegstra* concerned hate speech, which can be considered “pure expression” despite its nature and low value. Any attempt to restrict the scope of s. 2(b) in that case would have improperly targeted

*Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative »), et le régime législatif en cause dans le présent pourvoi. Mes collègues en ont traité de façon approfondie dans leurs motifs détaillés.

Selon moi, les appelants demandent le droit de participer, dans un rôle politique et un rôle de direction, aux activités d’un organisme public composé de représentants démocratiquement élus, à savoir un conseil scolaire. La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la liberté d’expression garantie par la Constitution protège le droit des intéressés de briguer un poste de conseiller scolaire et, s’ils sont élus à de tels postes, de participer à la direction du conseil scolaire. Ce n’est pas le cas à mon avis, en dépit de la large portée que possède indéniablement cette liberté. Il convient de signaler qu’aucun droit n’est invoqué en vertu de l’art. 3 de la *Charte*.

Notre Cour a adopté et utilisé une définition très large de la notion d’« expression ». Dans l’arrêt décisif sur la liberté d’expression *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968, la majorité de la Cour a expliqué qu’une « activité est expressive si elle tente de transmettre une signification ». La signification est le contenu de l’expression et l’al. 2b) protège les activités expressives contre les restrictions imposées par l’État quant au contenu. La protection offerte par la garantie établie à l’al. 2b) est basée sur la notion de communication. Pour qu’un acte puisse être considéré comme une expression protégée, il doit y avoir un objectif de communication : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 40-8.

Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, la majorité de notre Cour a rejeté une approche prônant le resserrement de la portée de l’al. 2b) afin de permettre l’exercice d’un autre droit prévu par la *Charte* (voir également *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, le juge en chef Dickson). L’arrêt *Keegstra* portait sur le discours haineux, lequel peut être considéré comme une « expression pure », malgré sa nature et sa valeur médiocre. Toute tentative en vue

72

73

74

the content of expression. It was therefore more appropriate to balance s. 2(b) against the guarantee of equality (s. 15) and the recognition of multiculturalism (s. 27) at the s. 1 stage.

75

The situation in the case at bar is different. The activities at issue are running for office and serving as a trustee on a school board. No doubt some significant aspects of the role of a school trustee involve the communication of ideas about education and the operation of schools. However, that content of expression is not affected by the LAEA Amendments. At its foundation, the appellants' claim concerns a democratic right that the *Charter* does not protect. These expressive activities belong in large part to the class of political expression that this Court has held to be deserving of the highest protection. But political expression is not at issue in the present appeal. The LAEA Amendments' ban on school employees running for office and serving as school trustees does not prevent them from expressing views on any subject, let alone education. What they are being deprived of is not freedom of expression but a claimed right to take part in the management of Alberta's local education systems. In my view, that is not what is contemplated by freedom of expression.

76

Nearly everything people do creates opportunities for expression if "expression" is viewed expansively enough. Other *Charter* rights and freedoms concern activities that could be characterized as expressive. At some point, one must question whether the guarantee of freedom of expression should be viewed so broadly that every human activity with a communicative content might be swept under it. The recourse to the notion of "platforms of expression" and the reliance on the sometimes delicate distinction between positive and negative rights evidence the concerns arising from such a broad definition of freedom of expression and application of s. 2(b) of the *Charter*.

de restreindre la portée de l'al. 2b) dans ce cas aurait porté atteinte de façon inacceptable au contenu de l'expression. Aussi valait-il mieux mettre en balance l'al. 2b) avec la garantie d'égalité (art. 15) et la reconnaissance du multiculturalisme (art. 27) à l'étape de l'analyse relative à l'article premier.

La situation diffère en l'espèce. Les activités en cause sont la possibilité de briguer un poste de conseiller scolaire et celle d'exercer cette fonction. Certains aspects importants du rôle de conseiller scolaire impliquent indubitablement la communication d'idées au sujet de l'éducation et du fonctionnement des écoles. Cependant, la Loi modificative ne porte pas atteinte au contenu de cette forme d'expression. À sa base même, la demande des appelants concerne un droit démocratique non protégé par la *Charte*. Ces activités expressives appartiennent dans une large mesure à une catégorie de formes d'expression politique qui, comme l'a jugé notre Cour, méritent la plus haute protection dans une démocratie. Mais ce n'est pas d'expression politique dont il est question ici. L'interdiction faite par la Loi modificative aux employés d'écoles de briguer des postes de conseillers scolaires et d'exercer cette fonction n'empêchent pas ces personnes d'exprimer des opinions sur quelque sujet que ce soit, particulièrement l'éducation. Elles ne sont pas privées de la liberté d'expression mais d'un prétendu droit de participation à la direction des administrations scolaires locales en Alberta. À mon avis, ce n'est pas ce qui est envisagé par la liberté d'expression.

La quasi-totalité des activités humaines créent des possibilités d'expression, si l'on donne une acception suffisamment large au mot « expression ». D'autres droits et libertés garantis par la *Charte* ont trait à des activités qui pourraient être qualifiées d'expressives. Il vient un moment où il faut se demander si la garantie devrait vraiment être conçue en termes si généraux qu'elle pourrait englober toute activité humaine ayant un contenu de communication. Le recours à la notion de « tribunes » et le fait de se fonder sur la distinction parfois délicate entre droits positifs et droits négatifs témoignent du malaise suscité par une telle définition et une telle application de l'al. 2b) de la *Charte*.

Courts should neither hope nor seek to pigeon-hole *Charter* rights, which are usually broad and often overlapping. Nevertheless, they are not formless and boundless. Each of them has a part to play within the broad framework of the *Charter*. In the end, it is necessary to determine what the claim is actually about and whether the asserted right is applicable to it. Viewed realistically, the purpose of the claim in the instant case is to secure constitutional protection for a right to be elected to a management role in the local education system of the province of Alberta, but this falls outside the scope of the *Charter* unless the equality rights of s. 15 are engaged. On this last point, I agree that the appellants have not made out their claim of a breach of equality rights in the circumstances of this case.

For these reasons, I would dismiss the appeal without costs.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

This case concerns political expression and the issue is whether its deliberate suppression by Alberta violates s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect for those who see the matter differently, I believe that it does.

Section 2(b) of the *Charter* provides that everyone in Canada enjoys, as a fundamental freedom, “freedom of thought, belief, opinion and expression”.

In 2004, Alberta enacted legislation effectively prohibiting school employees from seeking election and holding office as trustees of any school board in the province. The appellants are school employees and Alberta acknowledges that “some of the

Les tribunaux ne devraient pas essayer de compartimenter les droits prévus par la *Charte*, ni espérer pouvoir le faire. Il s’agit de droits qui possèdent habituellement une large portée et qui, souvent, se recoupent partiellement. Cela ne veut pas dire pour autant qu’ils sont sans forme et sans limites. Chacun de ces droits joue son rôle dans le cadre général de la *Charte*. En définitive, il faut s’interroger et tenter de découvrir sur quoi porte concrètement la demande, et si le droit invoqué s’y rapporte. En l’espèce, il ressort d’un examen réaliste de la demande que celle-ci cherche à doter de la protection de la Constitution le droit de se faire élire à un poste de direction au sein d’une administration scolaire locale dans la province d’Alberta. Toutefois, cette demande ne relève pas de la *Charte*, à moins que ne s’appliquent les droits à l’égalité garantis par l’art. 15. Sur ce dernier point, je suis d’accord pour conclure que, dans les circonstances de la présente affaire, les appelants n’ont pas établi l’atteinte aux droits à l’égalité qu’ils invoquent.

Pour ces motifs, je rejeterais l’appel, sans dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

La présente affaire porte sur l’expression politique et sur la question de savoir si la suppression délibérée de celle-ci par l’Alberta contrevient à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Avec égards pour ceux qui voient les choses différemment, je crois que oui.

Suivant l’al. 2b) de la *Charte*, chacun au Canada jouit, à titre de liberté fondamentale, de la « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression ».

En 2004, l’Alberta a édicté un texte de loi qui a pour effet d’interdire aux employés d’écoles de briguer un poste de conseiller scolaire et d’exercer cette fonction dans tout conseil scolaire de la province. Les appelants sont des employés d’écoles,

77

78

79

80

81

activities of school trustees [are of] an expressive nature”. There is no dispute that seeking election to a school board and holding office as a school trustee necessarily involve expressive activities.

82 Indeed, Alberta concedes from the outset that “seeking nomination for school trustee has expressive content” and rests its case, essentially, on the proposition that “freedom of expression under the *Charter* does not require government to create statutory platforms for expression”. Here, however, the government has *removed* the appellants from an *existing* platform of expression to which, like other qualified members of the public, they have long had access.

83 This was done, Alberta says, “for reasons of policy”. But if the appellants’ removal from that platform substantially impedes their freedom of expression — as I believe it does — this limitation on the appellants’ constitutional rights must be shown by Alberta to be saved by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit that “can be demonstrably justified in a free and democratic society”. That, Alberta has not even attempted to do.

84 In any event, the Court of Appeal held in this case that seeking election is a form of political expression ((2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137). I agree with that conclusion. And it follows inexorably, in my respectful view, that the impugned legislation restricts the appellants’ freedom to express themselves politically — a form of expression that is manifestly entitled to the highest degree of constitutional protection.

85 A limitation on freedom of expression may in some cases, as in this one, curtail political or democratic rights as well. Whether or not these political or democratic rights enjoy constitutional protection

et l’Alberta reconnaît que [TRADUCTION] « certaines des activités des conseillers scolaires [revêtent] un caractère expressif ». Personne ne conteste que le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l’exercice de cette fonction impliquent forcément des activités expressives.

D’ailleurs, l’Alberta admet d’entrée de jeu que [TRADUCTION] « le fait de se porter candidat à un poste de conseiller scolaire a un contenu expressif » et elle invoque essentiellement l’argument voulant que [TRADUCTION] « la liberté d’expression garantie par la *Charte* n’oblige pas le gouvernement à créer par voie législative des tribunes favorisant l’expression ». En l’espèce, cependant, le gouvernement a *retiré* aux appelants l’accès à une tribune d’expression *déjà existante*, à laquelle ceux-ci, à l’instar de tout autre citoyen qualifié, avaient accès depuis longtemps.

Cette mesure a été prise, affirme l’Alberta, [TRADUCTION] « pour des raisons d’intérêt général ». Mais si — comme je le crois — le fait de retirer aux appelants l’accès à cette tribune entrave substantiellement leur liberté d’expression, l’Alberta doit établir que cette restriction des droits constitutionnels des appelants est sauvegardée par l’article premier de la *Charte*, en tant que limite raisonnable « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Or, la province n’a même pas tenté de faire cette démonstration.

Quoi qu’il en soit, la Cour d’appel a conclu en l’espèce que le fait de se porter candidat aux élections constitue une forme d’expression politique ((2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137). Je suis d’accord avec cette conclusion. Et il s’en suit inexorablement, à mon avis, que les dispositions législatives attaquées restreignent la liberté des appelants de s’exprimer politiquement — une forme d’expression qui commande manifestement le plus haut degré de protection constitutionnelle.

La limitation de la liberté d’expression peut dans certains cas, tel celui qui nous occupe, restreindre également des droits politiques et démocratiques. Le fait que ces droits politiques et

has no bearing on the protection afforded by s. 2(b). Even if it were found that other provisions of the *Charter* might address the appellants' claim, and may even do so more directly, this cannot deprive them of a full analysis of that claim under s. 2(b). Where there is an overlap between different constitutional rights, "[e]ach right is distinct and must be given effect": *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 80. And where there is no overlap because only one of the rights is protected by the *Charter*, that right must likewise be given its full constitutional effect.

Framed in terms of constitutional principle, the decisive question on this appeal is whether a legislature which sets up a system of democratically elected boards to administer a fundamental aspect of government activity may then exclude a certain category or group of otherwise qualified persons from serving on those boards, without any need to justify that exclusion under s. 1 of the *Charter*.

For the reasons that follow, I would answer that question in the negative and allow the appeal.

## II

Until 2004, school board employees could not serve in Alberta as trustees of the board that employed them but were otherwise free to run for election and to serve as school trustees. In 2004, following a bitter labour dispute involving school board employees, Alberta enacted the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23 ("LAEA Amendments"). In purpose and effect, the LAEA Amendments bar *all* school employees from seeking election or serving as school trustees for *any* school board in the province, and not just their own employer board.

démocratiques soient protégés ou non par la Constitution n'a aucune incidence sur la protection reconnue par l'al. 2b). Même s'il était jugé que d'autres dispositions de la *Charte* sont susceptibles de s'appliquer à l'action des appelants, et le feraient peut-être plus directement encore, cela n'a pas pour effet de priver les appelants d'une analyse approfondie de leur prétention fondée sur l'al. 2b). Lorsqu'il y a chevauchement de divers droits constitutionnels, « [c]hacun de ces droits est un droit distinct et il faut lui donner effet » : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 80. Et, dans les cas où il n'y a pas de chevauchement étant donné qu'un seul des droits est protégé par la *Charte*, il faut là aussi donner à ce droit son plein effet constitutionnel.

Énoncée en termes de principes constitutionnels, la question décisive dans le présent pourvoi consiste à décider si une assemblée législative qui met en place un système de conseils élus démocratiquement pour administrer un aspect fondamental de l'activité gouvernementale peut ensuite empêcher une catégorie ou un groupe de personnes par ailleurs qualifiées de siéger à ces conseils, sans qu'il soit nécessaire de justifier cette exclusion au regard de l'article premier de la *Charte*.

Pour les motifs qui suivent, je répondrais par la négative à cette question et j'accueillerais le pourvoi.

## II

Jusqu'en 2004, les employés des conseils scolaires de l'Alberta n'étaient pas autorisés à siéger au conseil qui les employait, mais autrement ils étaient libres de briguer et d'occuper un tel poste. En 2004, à la suite d'un acrimonieux conflit de travail auquel étaient partie des employés de conseils scolaires, l'Alberta a édicté la loi intitulée *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative »). De par son objet et son effet, cette loi interdit à *tous* les employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire ou d'exercer cette fonction dans *tout* conseil scolaire de la province, et pas seulement au sein de celui qui les emploie.

86

87

88

89 The appellants claim that these restrictions on their ability to run for office and serve as school board trustees violate the freedom of expression to which they are constitutionally entitled in virtue of s. 2(b) of the *Charter*.

90 As a matter of constitutional principle, the Court has traditionally defined freedom of expression in broad terms and required the government to justify any infringement under s. 1. See, e.g., *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; and *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569.

91 In *Libman*, a unanimous Court reaffirmed this principled approach in these terms:

The Court favours a very broad interpretation of freedom of expression in order to extend the guarantee under the Canadian *Charter* to as many expressive activities as possible. Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, the Court recognizes that any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered by the guarantee of s. 2(b) of the Canadian *Charter* (*Irwin Toy*, *supra*, at p. 970; *Zundel*, *supra*, at p. 753). [para. 31]

92 The Court has held in only two cases that exclusion from a platform for expression created by the government did not violate s. 2(b): *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 (“NWAC”). Neither of these decisions is of particular assistance to Alberta in this case. Nor is *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, with which I shall deal as well.

93 Mr. Haig “fell between the legislative cracks” of a provincial referendum conducted by Quebec and a federal referendum conducted in the nine other provinces. Mr. Haig, who had recently moved from Ontario to Quebec, lacked the residency requirement of both referenda and was therefore unable to vote in either one. The Court found that voting is an expressive activity, but nonetheless dismissed

Les appelants soutiennent que les restrictions ainsi imposées à leur capacité de briguer et d’occuper un poste de conseiller scolaire portent atteinte à la liberté d’expression qui leur est constitutionnellement garantie par l’al. 2b) de la *Charte*.

La Cour a traditionnellement privilégié, comme principe constitutionnel, une définition large de la liberté d’expression et elle a obligé l’État à justifier toute atteinte au regard de l’article premier. Voir, par exemple, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; et *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569.

Dans l’arrêt *Libman*, la Cour a réaffirmé à l’unanimité cette démarche raisonnée en ces termes :

La Cour favorise une interprétation très large de la liberté d’expression afin d’étendre la garantie de la *Charte* canadienne au plus grand nombre d’activités expressives possibles. À moins que l’expression ne soit communiquée d’une manière qui exclut la protection, telle la violence, la Cour reconnaît que toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un message est comprise dans la garantie de l’al. 2b) de la *Charte* canadienne (*Irwin Toy*, précité, à la p. 970; *Zundel*, précité, à la p. 753). [par. 31]

Il n’y a que deux arrêts dans lesquels la Cour a jugé que l’exclusion de certaines personnes d’une tribune d’expression créée par l’État n’était pas contraire à l’al. 2b) : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« AFAC »). Ni l’un ni l’autre de ces arrêts n’est d’un grand secours à l’Alberta en l’espèce. L’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, sur lequel je me pencherai également, ne l’est pas davantage.

Monsieur Haig s’est « trouvé entre deux chaises sur le plan législatif » dans le cadre d’un référendum provincial tenu au Québec et d’un référendum fédéral tenu dans les neuf autres provinces. Ayant récemment quitté l’Ontario pour s’installer au Québec, il ne répondait pas aux conditions de résidence établies pour ces référendums et n’était donc pas admis à voter ni à l’un ni à l’autre. La Cour

Mr. Haig’s appeal on the ground that s. 2(b) of the *Charter* does not impose on the government “any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum [or] confer upon all citizens the right to express their opinions in a referendum” (p. 1041). Voting in a referendum, albeit an expressive activity, therefore did not fall within the scope of s. 2(b).

Unlike this case, *Haig* involved a referendum for information purposes in which a small number of people were incidentally prevented from voting on a single occasion because the residency requirements of the two referenda did not mirror one another. They were unlikely ever to be affected again in this way, even if the impugned residency requirements remained unchanged. And, again unlike this case, there was no indication that the government had *intentionally* prevented Mr. Haig or anyone else from engaging in an expressive activity — in that case, voting in a single referendum.

In the case at bar, by contrast, school board employees, who had recently been involved in a bitter labour dispute with the government, have been permanently and deliberately barred from participation in the governance of school boards throughout the province. This systematic exclusion of otherwise qualified persons from participation in an important institution of local governance raises a far greater concern for protecting freedom of expression than a one-time, incidental inability to vote in an informational referendum.

In *NWAC*, the Court held that s. 2(b) did not require the government to provide the Native Women’s Association of Canada funding or invite their participation in constitutional discussions. McLachlin J. (as she then was), concurring in the result, found that “the freedom of governments to choose and fund their advisors on matters of

a conclu que voter constitue une activité d’expression, mais elle n’en a pas moins rejeté le pourvoi de M. Haig au motif que l’al. 2b) de la *Charte* n’impose pas au gouvernement « une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu’est un référendum [ni] ne confère [. . .] à l’ensemble des citoyens le droit d’exprimer leur opinion dans le cadre d’un référendum » (p. 1041). Bien qu’il constituât une activité d’expression, le fait de voter à un référendum échappait donc au champ d’application de l’al. 2b).

Contrairement à la présente cause, l’affaire *Haig* portait sur un référendum tenu à des fins indicatives et auquel un petit nombre de personnes avaient fortuitement été empêchées de voter à cette seule occasion précise, parce que les conditions de résidence établies pour chacun des référendums n’étaient pas harmonisées. Il était peu probable que cela leur arrive une autre fois, même si les conditions de résidence contestées demeuraient inchangées. Et contrairement aussi à la présente situation, rien n’indiquait que l’État avait *intentionnellement* empêché M. Haig ou qui que ce soit d’autre de se livrer à une activité expressive — en l’occurrence voter à un référendum donné.

En l’espèce, par contre, les employés de conseils scolaires — qui avaient récemment pris part à un conflit de travail acrimonieux avec le gouvernement — se sont vu interdire de façon permanente et délibérée de participer à la gouvernance des conseils scolaires de l’ensemble de la province. Cette exclusion systématique, qui empêche des personnes par ailleurs qualifiées de participer à une importante institution de gouvernance locale, est bien plus préoccupante du point de vue de la protection de la liberté d’expression qu’une incapacité par ailleurs fortuite et exceptionnelle de voter à un référendum tenu à des fins indicatives.

Dans l’arrêt *AFAC*, la Cour a jugé que l’al. 2b) n’obligeait pas l’État à soutenir financièrement l’Association des femmes autochtones du Canada ou à l’inviter à participer aux discussions constitutionnelles. Souscrivant au résultat, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a conclu que « la *Charte canadienne des droits et libertés* ne restreint pas la

94

95

96

policy is not constrained by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (p. 668) and that it was therefore unnecessary to consider whether the failure to fund the Association violated s. 2(b).

97 No such active support or consultation is sought in this case: The appellants simply ask us instead to set aside a statutory bar adopted by Alberta to deprive them of their longstanding right to express themselves politically by seeking and holding office as school board trustees.

98 Again, allowing this appeal would in no way burden the government with any obligation to fund or consult a particular group or association, or to establish for anyone a previously non-existent platform of expression. It would merely restore to the appellants access to a generally available platform of expression, unless of course their exclusion from it were found to be justified under s. 1 of the *Charter*.

### III

99 I turn now to *Dunmore*, which concerned the freedom of association protected by s. 2(d) of the *Charter*. As I have demonstrated, the freedom of expression guaranteed by s. 2(b), which concerns us here, has until now been broadly interpreted by the Court as a matter of principle. Prior to *Dunmore*, this was not seen to be the case for s. 2(d). In the unforgiving words of one commentator,

the pattern was set in 1987, when a majority of the Supreme Court gave section 2(d) what can only be described as a deadening interpretation. In concluding that associational freedom is an individual right and does not protect collective bargaining or the right to strike, the *Labour Trilogy* relegated the guarantee to irrelevance.

(B. J. Cameron, “The ‘Second Labour Trilogy’: A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v.*

liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale » (p. 668), et qu’il était donc inutile de se demander si l’omission de financer l’association concernée violait l’al. 2b).

Aucune mesure concrète de soutien ni aucune consultation de ce genre ne sont recherchées en l’espèce. Les appelants nous demandent simplement d’annuler une interdiction législative qu’a adoptée l’Alberta dans le but de les priver d’un droit dont ils jouissaient depuis longtemps : celui de s’exprimer politiquement en briguant un poste de conseiller scolaire et en exerçant cette fonction.

La décision d’accueillir le présent pourvoi, rappelons-le, n’imposerait aucunement à l’État quelque obligation que ce soit de financer ou de consulter un groupe ou une association en particulier, ou d’établir pour quiconque une tribune d’expression qui n’existait pas auparavant. Elle redonnerait tout simplement aux appelants l’accès à une tribune d’expression offerte à tous, à moins bien sûr que leur exclusion de cette tribune ne soit jugée justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

### III

Je vais maintenant examiner l’arrêt *Dunmore*, qui concernait la liberté d’association protégée par l’al. 2d) de la *Charte*. Comme je l’ai démontré, la Cour a jusqu’ici donné, pour des raisons de principe, une interprétation large à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b), qui nous intéresse en l’espèce. Avant l’arrêt *Dunmore*, on ne considérait pas qu’il en allait de même de l’al. 2d). Pour reprendre les termes implacables d’une commentatrice :

[TRADUCTION] . . . le schéma a été établi en 1987, lorsque les juges majoritaires de la Cour suprême ont donné à l’alinéa 2d) une interprétation dont il faut bien dire qu’elle lui enlevait toute portée. En concluant que la liberté d’association est un droit individuel qui n’offre aucune protection à l’égard de la négociation collective ou du droit de grève, la « trilogie en droit du travail » a relégué la garantie au rang de la non-pertinence.

(B. J. Cameron, « The “Second Labour Trilogy” : A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v.*

*Ontario, and R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola*” (2002), 16 S.C.L.R. (2d) 67, at p. 69)

I would find it most ironic for the Court’s generous interpretation of freedom of association under s. 2(d) in *Dunmore* to now be invoked here for the purpose of *narrowing* the Court’s traditionally broad interpretation of the historically and conceptually distinct freedom of expression guaranteed by s. 2(b). And in my respectful view we are not bound by the language of *Dunmore* to do so: Even if we characterize the appellants’ claim as one of underinclusion, as Rothstein J. does, it would meet the *Dunmore* criteria.

In *Dunmore* the Court identified three considerations which circumscribe claims that an underinclusive statute violates s. 2:

1. “claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime” (para. 24);
2. “a proper evidentiary foundation must be provided before creating a positive obligation under the *Charter*” (para. 25); and
3. “the state [must be] accountable for any inability to exercise a fundamental freedom” (para. 26).

The Court distinguished *Haig* and *NWAC* on the ground that the claimants in those cases had been unable to show that “the fundamental freedom at issue, as opposed to merely their requested statutory entitlement, was impossible to exercise” (para. 25). In *Dunmore*, by contrast, the agricultural worker claimants were not simply seeking inclusion in the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, but protection of their s. 2(d) freedom of association.

The criteria identified in *Dunmore* should not be applied narrowly — particularly with respect

*Ontario, and R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola* » (2002), 16 S.C.L.R. (2d) 67, p. 69)

Je trouverais on ne peut plus ironique que l’interprétation libérale donnée par la Cour, dans *Dunmore*, à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) soit maintenant invoquée en l’espèce pour *restreindre* l’interprétation large que la Cour a toujours donnée à la liberté d’expression — distincte sur les plans historique et conceptuel — garantie par l’al. 2b). Et, à mon avis, le libellé de l’arrêt *Dunmore* ne nous oblige pas à le faire : même si l’on considérait que la prétention des appelants est fondée sur la non-inclusion, comme le fait le juge Rothstein, elle satisferait néanmoins aux critères énoncés dans *Dunmore*.

Dans l’arrêt *Dunmore*, la Cour a dégagé trois considérations qui délimitent la possibilité de prétendre qu’une loi de portée restreinte viole l’art. 2 :

1. « les arguments fondés sur la non-inclusion [doivent reposer] sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l’accès à un régime légal précis » (par. 24);
2. « la création d’une obligation positive en vertu de la *Charte* exige un fondement de preuve approprié » (par. 25);
3. « l’État [doit] vraiment être tenu responsable de toute incapacité d’exercer une liberté fondamentale » (par. 26).

La Cour a établi une distinction dans le cas des arrêts *Haig* et *AFAC* au motif que, dans ces affaires, les demandeurs avaient été incapables de prouver « l’impossibilité d’exercer la liberté fondamentale en cause et non pas simplement le droit revendiqué de bénéficier de l’application d’une loi » (par. 25). Dans *Dunmore*, au contraire, les demandeurs — des travailleurs agricoles — ne cherchaient pas seulement à bénéficier de l’application de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, mais aussi à obtenir la protection de la liberté d’association que leur garantit l’al. 2d).

Les critères dégagés dans *Dunmore* ne devraient pas recevoir une application étroite —

100

101

102

103

to freedom of expression. Unlike this Court's decisions in *Haig* and *NWAC*, a narrow interpretation of *Dunmore* would allow legislatures, limited only by their obligations under s. 15 of the *Charter*, to systematically deny groups access to statutory platforms of expression otherwise available to the public at large. Rather, *Dunmore* should be viewed in light of this Court's practice of construing freedom of expression broadly and considering limits on expressive activity at the justification stage of the analysis. This is even more important where, as here, we are concerned with political expression associated with participation in an important democratic institution.

104 In his careful and extensive reasons, Justice Rothstein finds that this case fails to meet the first two *Dunmore* criteria since, in his view, the appellants are merely seeking access to a particular statutory regime, and have not established substantial interference with a fundamental freedom. In *Dunmore*, Bastarache J. explained the relevant difference this way: In order to succeed, he said, a claimant must seek "more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms" and must "demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a *substantial* interference with the exercise of protected s. 2(d) activity" (para. 25 (emphasis in original)).

105 In my view, the appellants' claim is grounded in the fundamental, constitutionally protected freedom to express oneself meaningfully on matters related to education. This freedom clearly exists independently of any statutory enactment. By excluding school employees from the ability to run for and serve as trustees, Alberta has substantially interfered with their ability to exercise this freedom.

106 Justice Rothstein finds that the LAEA Amendments deprive the appellants of only one

particulièrement en ce qui concerne la liberté d'expression. Contrairement aux arrêts *Haig* et *AFAC* de notre Cour, une interprétation restrictive de l'arrêt *Dunmore* permettrait aux législatures, dont l'action ne serait limitée que par les obligations qui leur incombent en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, de nier systématiquement à certains groupes l'accès à des tribunes d'expression d'origine législative par ailleurs offertes à l'ensemble de la population. L'arrêt *Dunmore* doit plutôt être considéré au regard de la pratique de notre Cour qui consiste à interpréter largement la liberté d'expression et, dans le cadre de l'analyse, à examiner à l'étape de la justification les restrictions imposées à une activité expressive. Cette façon de faire revêt encore plus d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, il est question de l'expression politique associée à la participation à une importante institution démocratique.

Dans ses motifs soignés et détaillés, le juge Rothstein conclut que la présente affaire ne satisfait pas aux deux premiers critères énoncés dans l'arrêt *Dunmore*, parce que, selon lui, les appelants sollicitent uniquement l'accès à un régime légal précis, et qu'ils n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à l'exercice d'une liberté fondamentale. Dans *Dunmore*, le juge Bastarache a expliqué la différence pertinente de la façon suivante : pour avoir gain de cause, a-t-il affirmé, le demandeur doit rechercher « davantage qu'une voie particulière pour l'exercice de ses libertés fondamentales » et il doit « démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave *substantielle* à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2d » (par. 25 (souligné dans l'original)).

À mon avis, la prétention des appelants se fonde sur la liberté fondamentale, garantie par la Constitution, de s'exprimer utilement sur des questions liées à l'éducation. Or, il est clair que cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif. En déniaut aux employés d'écoles la possibilité de briguer et d'occuper le poste de conseiller scolaire, l'Alberta a substantiellement entravé leur capacité d'exercer cette liberté.

Selon le juge Rothstein, la Loi modificative ne prive les appelants que d'une voie particulière pour

particular channel of expression, leaving open a range of alternative means for them to express themselves on education-related issues. School employees remain free, for example, to participate in school board meetings, lobby trustees, sit on school councils, write letters to newspapers, give media interviews, and write to members of the legislature and other public officials.

Seeking and holding office as a school trustee, however, is a *uniquely effective means of expressing one's views on education policy*. It is cold comfort indeed for school employees, who are barred from themselves serving as trustees, to be told that they nonetheless remain free to talk to those who can, or to write letters to their local newspapers. The voices of school employees are simply unlikely to be heard over the din of those who actually run for office and serve if elected.

While diminished effectiveness in conveying a message may not always engage s. 2(b), the difference between writing a letter to a trustee and serving as a trustee is not simply one of degree. Active participation in an election and service as a trustee are *qualitatively* different means of expression than simply shouting from the sidelines. Section 2(b) is not so restricted as to protect only the latter. As McLachlin C.J. and Major J., dissenting in part, stated in *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33, at para. 20:

The ability to speak in one's own home or on a remote street corner does not fulfill the objective of the guarantee of freedom of expression, which is that each citizen be afforded the opportunity to present her views for public consumption and attempt to persuade her fellow citizens. Pell J.'s observation could not be more apt: "[s]peech without effective communication is not

s'exprimer, laissant la porte ouverte à toute une gamme d'autres moyens leur permettant de s'exprimer sur les questions touchant l'éducation. Les employés d'écoles demeurent libres, par exemple, de participer aux réunions du conseil scolaire, de faire du lobbying auprès des conseillers scolaires, de siéger à un comité d'école, d'écrire des lettres aux journaux, d'accorder des entrevues aux médias et d'écrire aux députés et autres titulaires de charge publique.

Briguer un poste de conseiller scolaire et exercer cette fonction constituent toutefois *des moyens particulièrement efficaces pour une personne d'exprimer son opinion sur les politiques d'éducation*. Pour des employés d'écoles à qui il est interdit d'exercer la fonction de conseiller scolaire, ce n'est assurément pas un grand réconfort de se faire dire qu'ils demeurent néanmoins libres de s'adresser à ceux qui peuvent occuper ce poste ou encore d'écrire des lettres à leurs journaux locaux. Il y a très peu de chances que leurs voix émergent au-dessus de la clameur de ceux qui, eux, posent effectivement leur candidature et exercent la fonction s'ils sont élus.

Bien que la diminution de la capacité de communiquer un message n'entraîne pas toujours l'application de l'al. 2b), la différence entre écrire une lettre à un conseiller scolaire et occuper un poste de conseiller n'est pas simplement qu'une question de degré. La participation active à une élection pour un poste de conseiller et l'exercice de cette fonction constituent des modes d'expression *qualitativement* différents du simple fait de crier depuis la ligne de touche. La portée de l'al. 2b) n'est pas limitée au point de ne protéger que ce dernier moyen. Comme l'ont affirmé la juge en chef McLachlin et le juge Major, dans une opinion partiellement dissidente, dans *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33, par. 20 :

La faculté de s'exprimer dans son foyer ou au coin d'une rue ne satisfait pas l'objectif visé par la garantie relative à la liberté d'expression, qui exige que chaque citoyen ait la possibilité de présenter publiquement son point de vue et de tenter de persuader ses concitoyens. En ce sens, l'observation formulée par le juge Pell est on ne peut plus appropriée : [TRADUCTION] « [u]n discours

107

108

speech but an idle monologue in the wilderness”; see *United States v. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), at p. 415.

109

By prohibiting school employees from participating in school board elections and governance, Alberta has done more than restrict a “particular channel” of expression. It has created a system and process grounded in the democratic election of school board trustees. That process has naturally become the focus of public debate regarding education policy. By proceeding then to exclude school employees from running for office, Alberta has “substantially interfered” with their freedom of expression: It has denied them access to the unique platform upon which debate on local education policy is meant mainly and effectively to proceed.

110

Representative democracy is fundamental to our system of government. Where a legislature establishes a universal and democratic system of local governance, and then effectively prohibits the participation in that system of a particular group of otherwise qualified citizens, the state must be required to justify that prohibition.

111

It has not done so in this case.

#### IV

112

I agree with the trial judge that this violation cannot be justified under s. 1.

113

In this Court, Alberta faces insurmountable obstacles in respect of that finding. First, because it did not appeal the trial judge’s decision on this issue; second, because Alberta, understandably in that light, has made no submissions on the issue in this Court; and finally, because Alberta, on the record as we have it, plainly failed to satisfy the four-pronged test laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

sans communication efficace n’est pas un discours, c’est comme prêcher dans le désert »; voir *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), p. 415.

En interdisant aux employés d’écoles de participer aux élections des conseils scolaires et à la gouvernance de ces institutions, l’Alberta a fait davantage que restreindre une « voie particulière » d’expression. Elle a mis en place un système et un processus reposant sur l’élection démocratique de conseillers scolaires. Ce processus est naturellement devenu le centre du débat public sur les politiques d’éducation. En empêchant ensuite les employés d’écoles de se porter candidats, l’Alberta a « substantiellement entravé » leur liberté d’expression : elle leur a nié l’accès à la tribune particulière où est censé se dérouler principalement et effectivement le débat sur les politiques d’éducation locales.

La démocratie représentative est un élément fondamental de notre système de gouvernement. Lorsqu’une législature met en place un système universel et démocratique de gouvernance locale, puis interdit ensuite concrètement à un groupe donné de citoyens par ailleurs qualifiés de participer à ce système, on doit exiger de l’État qu’il justifie cette interdiction.

Il ne l’a pas fait en l’espèce.

#### IV

À l’instar de la juge de première instance, je suis d’avis que cette atteinte n’est pas justifiable au regard de l’article premier.

Devant notre Cour, l’Alberta se heurte à des obstacles insurmontables en ce qui concerne cette conclusion. Premièrement, parce qu’elle n’a pas interjeté appel de la décision de la juge de première instance sur cette question; deuxièmement, parce que, comme on pouvait s’y attendre dans ces conditions, elle n’a présenté aucune observation sur cette question devant notre Cour; enfin, parce que, selon le dossier qui nous a été soumis, elle n’a tout simplement pas réussi à satisfaire à l’analyse en quatre volets énoncée dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Alberta asserts as a pressing and substantial concern — the first requirement under *Oakes* — the need to prevent the conflicts of interest inherent in permitting school trustees to make decisions that affect school employees, particularly with respect to collective bargaining.

The prevention of conflicts of interest is doubtless a matter of substantial public importance. And while the assertion by the government of a pressing and substantial concern will normally require little or no evidentiary support, it cannot pass muster where, as in this case, the record demonstrates that the concern asserted is in fact neither pressing nor substantial.

To begin with, school board employees were already prohibited from serving as school trustees for their employer board even before the LAEA Amendments were adopted. Yet, of the 420 school trustees throughout the province, only three were school board employees, and just one other took steps to seek office. Accordingly, fewer than 1 percent of Alberta's school trustees could be exposed, on Alberta's view of the matter, to potential conflicts of interest.

Second, the appellants' uncontradicted evidence demonstrated that potential conflicts arose only two or three times a year and have been adequately dealt with by recusals.

Third, the trial judge found that Alberta presented no reliable evidence on either the frequency of conflicts of interest, or of their impact on decision making.

In short, on the first branch of the *Oakes* test, the trial judge was entitled to find, as she did, that Alberta's assertion of a pressing and substantial concern could not succeed and nothing before this Court permits of a different conclusion.

À titre de préoccupation urgente et réelle — la première exigence établie dans *Oakes* —, l'Alberta invoque la nécessité de prévenir les conflits d'intérêts inhérents au fait de permettre aux conseillers scolaires de prendre des décisions touchant les employés d'écoles, particulièrement en matière de négociation collective. 114

La prévention des conflits d'intérêts constitue indubitablement une question d'intérêt public importante. Et bien qu'il soit vrai que, lorsque l'État invoque une préoccupation urgente et réelle, un tel argument ne requiert normalement que peu ou pas de fondement de preuve, celui-ci ne saurait être retenu dans un cas où, comme en l'espèce, le dossier révèle que la préoccupation invoquée n'est dans les faits ni urgente ni réelle. 115

Premièrement, on interdisait déjà aux employés d'un conseil scolaire donné d'exercer la fonction de conseillers au sein de ce conseil avant l'adoption de la Loi modificative. Pourtant, parmi les 420 conseillers scolaires de la province, trois seulement étaient aussi des employés d'un conseil scolaire, et seul un autre avait fait des démarches pour se porter candidat. Moins de 1 pour cent des conseillers scolaires de l'Alberta pouvaient donc être exposés, selon le point de vue de l'Alberta, à des conflits d'intérêts potentiels. 116

Deuxièmement, il ressort de la preuve non contredite présentée par les appelants que des conflits potentiels ne sont survenus que deux ou trois fois l'an seulement, et qu'ils ont été réglés de façon adéquate au moyen de récusations. 117

Troisièmement, la juge de première instance a estimé que l'Alberta n'avait produit aucune preuve digne de foi sur la fréquence des conflits d'intérêts ou sur leur incidence sur la prise de décisions. 118

Bref, suivant le premier volet de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Oakes*, la juge de première instance était en droit de conclure, comme elle l'a fait, que la préoccupation urgente et réelle invoquée par l'Alberta ne pouvait être retenue, et rien de ce qui a été soumis à notre Cour n'autorise une conclusion différente. 119

120 But even if Alberta's declared objective were to be considered pressing and substantial, the LAEA Amendments would clearly fail the minimum impairment branch of the test laid down in *Oakes*. Legislatures are not bound to adopt the "least impairing" means of furthering pressing and substantial objectives. They cannot, however, interfere with or limit constitutionally protected rights or freedoms in a manner that plainly overshoots the mark. And, as already mentioned, Alberta presented no evidence that the previous legislative scheme, which had been in place for over 40 years, was in any way inadequate to address Alberta's stated concerns.

121 Finally, I note that Alberta permits municipal employees to seek election to the councils of municipalities other than their employer, and no evidence was adduced to explain why they can or should be treated differently in this respect. Nor has *any* of the parties suggested that holding office as a school trustee is more "managerial" than serving as a municipal councillor and subject for that reason to different considerations under either s. 2(b) or s. 1 of the *Charter*.

V

122 With respect for those who see the matter differently, I am therefore persuaded that s. 1 of the LAEA Amendments, which violates the freedom of expression afforded Alberta school employees by s. 2(b) of the *Charter*, is not justified under s. 1 of the *Charter*.

123 As stated at the outset, I would for all of these reasons allow the appeal with costs, and declare that s. 1 of the LAEA Amendments is of no force and effect.

## APPENDIX

### Relevant Statutory Provisions

Prior to the amendments at issue in this appeal, the relevant ineligibility provisions of the *Local*

Mais même si l'objectif déclaré de l'Alberta était jugé urgent et réel, il est clair que la Loi modificative ne satisferait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse formulée dans *Oakes*. Les législatures ne sont pas tenues de recourir aux moyens les « moins attentatoires » pour réaliser des objectifs urgents et réels. Par contre, elles ne peuvent entraver ou restreindre l'exercice des droits ou libertés protégés par la Constitution au-delà de ce qui est nécessaire. Qui plus est, comme je l'ai mentionné plus tôt, l'Alberta n'a présenté aucun élément de preuve établissant que le précédent régime législatif, qui était en place depuis plus de 40 ans, ne permettait pas de répondre aux préoccupations qu'elle a exprimées.

Enfin, je signale que l'Alberta permet aux employés municipaux de se présenter aux élections des conseils municipaux qui ne sont pas leur employeur, et aucune preuve n'a été produite pour expliquer pourquoi ils peuvent être traités différemment à cet égard ou pourquoi ils devraient l'être. De plus, *aucune* des parties n'a prétendu que le poste de conseiller scolaire implique davantage un « rôle de direction » que celui de conseiller municipal et que, pour cette raison, le premier est assujéti à des considérations différentes pour l'application de l'al. 2b) ou l'article premier de la *Charte*.

V

Avec égards pour ceux qui voient les choses différemment, je suis donc convaincu que l'art. 1 de la Loi modificative, qui porte atteinte à la liberté d'expression dont jouissent les employés d'écoles de l'Alberta en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*, n'est pas justifié au regard de l'article premier de la *Charte*.

Comme je l'ai dit au tout début, pour tous ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens, et je déclarerais inopérant l'art. 1 de la Loi modificative.

## ANNEXE

### Dispositions législatives pertinentes

Avant les modifications qui font l'objet du présent pourvoi, les dispositions pertinentes de la *Local*

*Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, c. L-21, were as follows:

**22(1)** A person is not eligible to be nominated as a candidate in any election under this Act if on nomination day

. . .

- (b) the person is an employee of the local jurisdiction for which the election is to be held unless the person is on a leave of absence granted under this section;

. . .

(7) An employee who has been granted a leave of absence is subject to the same conditions that apply to taking a leave of absence without pay for any other purpose.

(8) If an employee who has been granted a leave of absence is not elected, the employee may return to work, in the position the employee had before the leave commenced, on the 5th day after election day or, if the 5th day is not a working day, on the first working day after the 5th day.

(9) If an employee who has been granted a leave of absence is declared elected, the employee is deemed to have resigned that position as an employee the day the employee takes the official oath of office as an elected official. . . .

The provisions of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, relevant in this appeal provide:

**1(1) The *Local Authorities Election Act* is amended by this section.**

**(2) Section 22 is amended**

- (a) **by adding the following after subsection (1):**

**(1.1)** A person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board if on nomination day the person is employed by

*Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L-21, en matière d'inéligibilité étaient rédigées ainsi :

[TRADUCTION]

**22(1)** N'est pas éligible lors des élections tenues en vertu de la présente loi la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures,

. . .

- b) est employée par l'administration locale où l'élection doit avoir lieu, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article;

. . .

(7) L'employé qui a obtenu un congé est assujéti aux conditions applicables à l'égard des congés non payés pris pour toute autre fin.

(8) L'employé qui a obtenu un congé peut, s'il n'est pas élu, réintégrer le poste qu'il occupait avant le début de son congé le 5<sup>e</sup> jour qui suit le jour du scrutin s'il s'agit d'un jour ouvrable ou le jour ouvrable suivant dans le cas contraire.

(9) L'employé qui a obtenu un congé et qui est déclaré élu est réputé avoir démissionné de son poste le jour où il prête officiellement serment en qualité d'élu. . .

Voici les dispositions de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, qui sont pertinentes pour le présent pourvoi :

[TRADUCTION]

**1(1) La *Local Authorities Election Act* est modifiée par le présent article.**

**(2) L'article 22 est modifié**

- a) **par l'adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :**

**(1.1)** N'est pas éligible lors des élections pour les postes de conseiller d'un conseil scolaire, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article, la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures, est employée en Alberta :

- (a) a school district or division,
- (b) a charter school, or
- (c) a private school,

in Alberta unless the person is on a leave of absence granted under this section.

**(b) in subsection (3) by striking out** “Subsection (1)(c) to (f) do not apply” **and substituting** “Subsection (1)(b) to (f) do not apply”;

**(c) by adding the following after subsection (5):**

**(5.1)** An employee referred to in subsection (1.1) who wishes to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board may apply to his or her employer for a leave of absence without pay on or after July 1 in the year of an election but before the employee’s last working day prior to nomination day.

**(d) by adding the following after subsection (6):**

**(6.1)** A school district or division, a charter school or a private school shall grant every application it receives under subsection (5.1).

After the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, the relevant provisions of the LAEA as amended read:

22 . . .

**(1.1) A person is not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board if on nomination day the person is employed by**

- (a) a school district or division,
- (b) a charter school, or
- (c) a private school,

in Alberta unless the person is on a leave of absence granted under this section.

. . .

**(5.1) An employee referred to in subsection (1.1) who wishes to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board may apply to his**

- a) soit par un district ou une division scolaire;
- b) soit par une école à charte;
- c) soit par une école privée.

**b) au paragraphe (3), par le remplacement des mots** « les alinéas (1)c) à f) ne s’appliquent pas » **par les mots** « les alinéas (1)b) à f) ne s’appliquent pas »;

**c) par l’adjonction, après le paragraphe (5), de ce qui suit :**

**(5.1)** L’employé visé au paragraphe (1.1) qui souhaite se porter candidat à une élection pour un poste de conseiller d’un conseil scolaire peut demander à son employeur un congé non payé à compter du 1<sup>er</sup> juillet de l’année où a lieu l’élection, mais avant sa dernière journée de travail précédant le jour de la déclaration des candidatures.

**d) par l’adjonction, après le paragraphe (6), de ce qui suit :**

**(6.1)** Le district ou la division scolaire, l’école à charte ou l’école privée fait droit à toute demande reçue en vertu du paragraphe (5.1).

Voici le texte des dispositions pertinentes modifiées après l’adoption de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 :

[TRADUCTION]

22 . . .

**(1.1) N’est pas éligible lors des élections pour les postes de conseiller d’un conseil scolaire, sauf si elle a obtenu un congé en vertu du présent article, la personne qui, le jour de la déclaration des candidatures, est employée en Alberta :**

- a) soit par un district ou une division scolaire;
- b) soit par une école à charte;
- c) soit par une école privée.

. . .

**(5.1) L’employé visé au paragraphe (1.1) qui souhaite se porter candidat à une élection pour un poste de conseiller d’un conseil scolaire peut demander à**

or her employer for a leave of absence without pay on or after July 1 in the year of an election but before the employee's last working day prior to nomination day.

son employeur un congé non payé à compter du 1<sup>er</sup> juillet de l'année où a lieu l'élection, mais avant sa dernière journée de travail précédant le jour de la déclaration des candidatures.

(6.1) A school district or division, a charter school or a private school shall grant every application it receives under subsection (5.1).

(6.1) Le district ou la division scolaire, l'école à charte ou l'école privée fait droit à toute demande reçue en vertu du paragraphe (5.1).

(8) If an employee who has been granted a leave of absence is not elected, the employee may return to work, in the position the employee had before the leave commenced, on the 5th day after election day or, if the 5th day is not a working day, on the first working day after the 5th day.

(8) L'employé qui a obtenu un congé peut, s'il n'est pas élu, réintégrer le poste qu'il occupait avant le début de son congé le 5<sup>e</sup> jour qui suit le jour du scrutin s'il s'agit d'un jour ouvrable ou le jour ouvrable suivant dans le cas contraire.

(9) If an employee who has been granted a leave of absence is declared elected, the employee is deemed to have resigned that position as an employee the day the employee takes the official oath of office as an elected official.

(9) L'employé qui a obtenu un congé et qui est déclaré élu est réputé avoir démissionné de son poste le jour où il prête officiellement serment en qualité d'élu.

(Amendments in bold)

(Modifications indiquées en caractère gras)

*Appeal dismissed, FISH J. dissenting.*

*Pourvoi rejeté, le juge FISH est dissident.*

*Solicitors for the appellants: Field, Edmonton.*

*Procureurs des appelants : Field, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Teachers' Federation: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Federation of Labour: Blair Chahley Seveny, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Public School Boards' Association of Alberta: Dale Gibson, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des enseignantes et des enseignants : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Alberta Federation of Labour: Blair Chahley Seveny, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante Public School Boards' Association of Alberta : Dale Gibson, Edmonton.*