

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of Alberta** *Appellante*

v.

**Hutterian Brethren of Wilson Colony
and Hutterian Brethren Church of
Wilson** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General
of Quebec, Attorney General of British
Columbia, Canadian Civil Liberties
Association, Ontario Human Rights
Commission, Evangelical Fellowship
of Canada and Christian Legal
Fellowship** *Intervenants*

**INDEXED AS: ALBERTA v. HUTTERIAN BROTHERS OF
WILSON COLONY**

Neutral citation: 2009 SCC 37.

File No.: 32186.

2008: October 7; 2009: July 24

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de
l'Alberta** *Appelante*

c.

**Hutterian Brethren of Wilson Colony
et Hutterian Brethren Church of
Wilson** *Intimées*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l'Ontario, procureur général du
Québec, procureur général de la Colombie-
Britannique, Association canadienne des
libertés civiles, Commission ontarienne des
droits de la personne, Alliance évangélique
du Canada et Alliance des chrétiens en
droit** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA c. HUTTERIAN BROTHERS
OF WILSON COLONY**

Référence neutre : 2009 CSC 37.

N° du greffe : 32186.

2008 : 7 octobre; 2009 : 24 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Nouveau règlement imposant la photo obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté de religion? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)(b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur la religion — Nouveau règlement imposant la photo

licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

Alberta requires all persons who drive motor vehicles on highways to hold a driver's licence. Since 1974, each licence has borne a photograph of the licence holder, subject to exemptions for people who objected to having their photographs taken on religious grounds. Religious objectors were granted a non-photo licence called a Condition Code G licence, at the Registrar's discretion. In 2003, the Province adopted a new regulation and made the photo requirement universal. The photograph taken at the time of issuance of the licence is placed in the Province's facial recognition data bank. There were about 450 Condition Code G licences in Alberta, 56 percent of which were held by members of Hutterian Brethren colonies. The Wilson Colony of Hutterian Brethren maintains a rural, communal lifestyle, carrying on a variety of commercial activities. They sincerely believe that the Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken and objected to having their photographs taken on religious grounds. The Province proposed two measures to lessen the impact of the universal photo requirement but, since these measures still required that a photograph be taken for placement in the Province's facial recognition data bank, they were rejected by the members of the Wilson Colony. They proposed instead that no photograph be taken and that non-photo driver's licences be issued to them marked "Not to be used for identification purposes". Unable to reach an agreement with the Province, the members of the Wilson Colony challenged the constitutionality of the regulation alleging an unjustifiable breach of their religious freedom. The case proceeded on the basis that the universal photo requirement infringes s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The claimants led evidence asserting that if members could not obtain driver's licences, the viability of their communal lifestyle would be threatened. The Province, for its part, led evidence that the adoption of the universal photo requirement was connected to a new system aimed at minimizing identity theft associated with driver's licences and that the new facial recognition data bank was aimed at reducing the risk of this type of fraud. Both the chambers judge and the majority of the Court of Appeal held that the infringement of

obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)(b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

L'Alberta oblige toutes les personnes qui conduisent un véhicule automobile sur la voie publique à détenir un permis de conduire. Depuis 1974, chaque permis portait une photo de son titulaire, sous réserve des exemptions accordées aux personnes qui objectaient des motifs religieux à l'obligation de se faire photographier. Les personnes qui soulevaient des objections d'ordre religieux obtenaient un permis sans photo, c'est-à-dire un permis assorti de la condition G, à la discrétion du registraire. En 2003, la province a pris un nouveau règlement et universalisé la photo obligatoire. La photo prise au moment de la délivrance du permis est versée dans une banque de données provinciale reliée à un logiciel de reconnaissance faciale. Il existait en Alberta environ 450 permis assortis de la condition G, dont 56 pour 100 étaient détenus par des membres des colonies huttérites. Les membres de la colonie huttérite Wilson ont un mode de vie rural et communautaire et ils exercent diverses activités commerciales. Ils croient sincèrement que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement et ils refusent, pour des motifs religieux, de se laisser photographier. La province a proposé deux mesures pour atténuer l'effet de l'universalité de la photo obligatoire, mais les membres de la colonie Wilson les ont rejetées parce qu'elles les obligeraient toujours à faire prendre leur photo afin qu'elle soit versée dans la banque de données provinciale servant à la reconnaissance faciale. Ils ont proposé plutôt qu'aucune photo ne soit prise et qu'on leur délivre des permis de conduire sans photo, portant la mention « Non valide comme pièce d'identité ». À défaut d'entente avec la province, les membres de la colonie Wilson ont contesté la validité constitutionnelle du règlement en alléguant qu'il portait une atteinte injustifiée à leur liberté de religion. Il a été tenu pour avéré que la photo obligatoire universelle contrevenait à l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les plaignants ont présenté une preuve démontrant que l'impossibilité pour les membres de la colonie d'obtenir un permis de conduire menacerait la viabilité de leur mode de vie communautaire. Pour sa part, la province a présenté une preuve démontrant que l'universalisation de la photo obligatoire était reliée à un nouveau système visant à réduire au minimum le vol d'identité associé au permis de conduire et que la nouvelle banque

freedom of religion was not justified under s. 1 of the *Charter*.

Held (LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The regulation is justified under s. 1 of the *Charter*. Regulations are measures “prescribed by law” under s. 1, and the objective of the impugned regulation of maintaining the integrity of the driver’s licensing system in a way that minimizes the risk of identity theft is clearly a goal of pressing and substantial importance, capable of justifying limits on rights. The universal photo requirement permits the system to ensure that each licence in the system is connected to a single individual, and that no individual has more than one licence. The Province was entitled to pass regulations dealing not only with the primary matter of highway safety, but also with collateral problems associated with the licensing system. [39] [42] [45]

The regulation satisfies the proportionality test. First, the universal photo requirement is rationally connected to the objective. The Province’s evidence demonstrates that the existence of an exemption from the photo requirement would materially increase the vulnerability of the licensing system and the risk of identity-related fraud. Second, the universal photo requirement for all licensed drivers minimally impairs the s. 2(a) right. The impugned measure is reasonably tailored to address the problem of identity theft associated with driver’s licences. The evidence discloses no alternative measures which would substantially satisfy the government’s objective while allowing the claimants to avoid being photographed. The alternative proposed by the claimants would significantly compromise the government’s objective and is therefore not appropriate for consideration at the minimal impairment stage. Without the licence-holder’s photograph in the data bank, the risk that the identity of the holder can be stolen and used for fraudulent purposes is significantly increased. Although there are over 700,000 Albertans who do not hold driver’s licences and whose pictures do not appear in the data bank, the objective of the driver’s licence photo requirement is not to eliminate all identity theft in the province, but rather to maintain the integrity of the driver’s licensing system so as to minimize identity theft associated with that system. Within that system, any exemptions, including those for

de données reliée à un logiciel de reconnaissance faciale vise à réduire le risque de ce genre de fraude. Le juge siégeant en son cabinet et la Cour d’appel, à la majorité, ont statué que l’atteinte à la liberté de religion n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges LeBel, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : Le règlement est justifié au sens de l’article premier de la *Charte*. Les règlements sont des mesures prescrites par une règle de droit pour l’application de l’article premier et l’objectif du règlement contesté de préserver l’intégrité du système de délivrance des permis de conduire d’une façon qui réduit au minimum le risque de vol d’identité est manifestement un objectif urgent et réel susceptible de justifier des restrictions aux droits. La photo obligatoire universelle permet au système de garantir que chaque permis correspond à une seule personne et que personne ne détient plus d’un permis. La province avait le droit de prendre un règlement concernant non seulement la question principale de la sécurité routière, mais aussi les problèmes connexes associés au système de délivrance des permis. [39] [42] [45]

Le règlement répond au critère de proportionnalité. Premièrement, la photo obligatoire universelle a un lien rationnel avec l’objectif. La preuve de la province démontre que l’existence d’une exemption de la photo obligatoire accroîtrait grandement la vulnérabilité du système de délivrance des permis et le risque de fraude associée à l’identité. Deuxièmement, la photo obligatoire universelle pour tous les titulaires d’un permis constitue une atteinte minimale au droit garanti par l’al. 2a). La mesure contestée est raisonnablement adaptée à la lutte contre le vol d’identité associé au permis de conduire. La preuve ne révèle aucune solution de rechange qui servirait substantiellement l’objectif du gouvernement tout en permettant aux plaignants de ne pas se faire photographier. La solution de rechange proposée par les plaignants compromettrait grandement l’objectif gouvernemental et il ne convient donc pas d’en tenir compte à l’étape de l’atteinte minimale. Sans la photo du titulaire d’un permis dans la banque de données, le risque que son identité soit volée et utilisée à des fins frauduleuses s’accroît de façon appréciable. Certes, plus de 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et leur photo ne figure donc pas dans la banque de données. Toutefois, la photo obligatoire sur le permis de conduire n’a pas pour objet d’éliminer complètement les vols d’identité dans la province, mais plutôt de préserver l’intégrité du système de délivrance des permis de conduire de façon à réduire au minimum le vol d’identité associé à ce système. À

religious reasons, pose real risk to the integrity of the licensing system. Lastly, where the validity of a law of general application is at stake, the doctrine of reasonable accommodation is not an appropriate substitute for a proper s. 1 *Oakes* analysis. The government is entitled to justify the law, not by showing that it has accommodated the claimant, but by establishing that the measure is rationally connected to a pressing and substantial goal, minimally impairing of the right and proportionate in its effects. [50] [52] [59-60] [62-63] [71]

Third, the negative impact on the freedom of religion of Colony members who wish to obtain licences does not outweigh the benefits associated with the universal photo requirement. The most important of these benefits is the enhancement of the security or integrity of the driver's licensing scheme. It is clear that a photo exemption would have a tangible impact on the integrity of the licensing system because it would undermine the one-to-one and one-to-many photo comparisons used to verify identity. The universal photo requirement will also assist in roadside safety and identification and, eventually, harmonize Alberta's licensing scheme with those in other jurisdictions. With respect to the deleterious effects, the seriousness of a particular limit must be judged on a case-by-case basis. While the impugned regulation imposes a cost on those who choose not to have their photographs taken — the cost of not being able to drive on the highway — that cost does not rise to the level of depriving the claimants of a meaningful choice as to their religious practice, or adversely impacting on other *Charter* values. To find alternative transport would impose an additional economic cost on the Colony, and would go against their traditional self-sufficiency, but there is no evidence that this would be prohibitive. It is impossible to conclude that Colony members have been deprived of a meaningful choice to follow or not to follow the edicts of their religion. When the deleterious effects are balanced against the salutary effects of the impugned regulation, the impact of the limit on religious practice associated with the universal photo requirement is proportionate. [4] [79-80] [82] [91] [96-98] [100] [103]

The impugned regulation does not infringe s. 15 of the *Charter*. Assuming it could be shown that the regulation creates a distinction on the enumerated ground

l'intérieur de ce système, l'octroi d'exemptions, fondées notamment sur des motifs religieux, représente véritablement un risque pour l'intégrité du système de délivrance des permis. Enfin, quand la validité d'une mesure législative d'application générale est en jeu, la doctrine de l'accommodement raisonnable ne saurait se substituer à l'analyse requise par l'article premier telle qu'elle a été établie dans *Oakes*. Le gouvernement peut justifier la mesure législative, non pas en démontrant qu'il l'a adaptée aux besoins du plaignant, mais en établissant qu'elle a un lien rationnel avec un objectif urgent et réel, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit et que son effet est proportionné. [50] [52] [59-60] [62-63] [71]

Troisièmement, les effets préjudiciables sur la liberté de religion des membres de la colonie qui désirent obtenir un permis ne l'emportent pas sur les effets bénéfiques de l'universalisation de la photo obligatoire. Le plus important de ces avantages est la sécurité et l'intégrité accrues du système de délivrance des permis de conduire. Il est évident que l'exemption de photo obligatoire aurait un effet tangible sur l'intégrité du système de délivrance des permis parce qu'elle nuirait à la vérification de l'identité des demandeurs de permis au moyen de la comparaison individuelle et collective de leur photo. La photo obligatoire universelle contribuera aussi à la vérification de l'identité et à la sécurité en bordure de la route et permettra l'harmonisation éventuelle du système albertain de délivrance des permis de conduire avec les systèmes en vigueur à l'extérieur de la province. Quant aux effets préjudiciables, la gravité d'une restriction particulière s'apprécie au cas par cas. Bien que le règlement contesté impose un coût aux personnes qui choisissent de ne pas se faire photographier — l'impossibilité de conduire sur la voie publique —, ce coût n'est pas suffisamment élevé pour priver les plaignants huttérites de la liberté de faire un véritable choix relativement à leur pratique religieuse, ni pour porter atteinte aux autres valeurs consacrées par la *Charte*. Le recours à un autre mode de transport obligerait la colonie à supporter un coût additionnel sur le plan financier et irait à l'encontre de son autosuffisance traditionnelle, mais il n'a pas été démontré que ce coût serait prohibitif. Il n'est pas possible de conclure que les membres de la colonie ont été privés de la possibilité de faire un véritable choix entre observer ou non les préceptes de leur religion. La pondération des effets bénéfiques du règlement contesté par rapport à ses effets préjudiciables indique que les effets de la restriction à la liberté de religion découlant de l'universalité de la photo obligatoire sont proportionnés. [4] [79-80] [82] [91] [96-98] [100] [103]

Le règlement contesté ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte*. À supposer qu'il puisse être démontré que le règlement établit une distinction fondée sur le motif

of religion, it arises not from any demeaning stereotype but from a neutral and rationally defensible policy choice. There is therefore no discrimination within the meaning of s. 15. [108]

Per Abella J. (dissenting): The government of Alberta did not discharge its burden of demonstrating that the infringement of the Hutterites' freedom of religion is justified under s. 1 of the *Charter*. [176]

The purpose of the mandatory photo requirement and the use of facial recognition technology is to help prevent identity theft. An exemption to the photo requirement for the Hutterites was in place for 29 years without evidence that the integrity of the licensing system was harmed in any way. In addition, more than 700,000 Albertans have no driver's licence and are therefore not in the facial recognition database. The benefit to that system therefore, of adding the photographs of around 250 Hutterites who may wish to drive, is only marginally useful to the prevention of identity theft. While the salutary effects of the mandatory photo requirement are therefore slight and largely hypothetical, the mandatory photo requirement seriously harms the religious rights of the Hutterites and threatens their autonomous ability to maintain their communal way of life. The impugned regulation and the alternatives presented by the government involve the taking of a photograph. This is the very act that offends the religious beliefs of the Wilson Colony members. This makes the mandatory photo requirement a form of indirect coercion that places the Wilson Colony members in the untenable position of having to choose between compliance with their religious beliefs or giving up the self-sufficiency of their community, a community that has historically preserved its religious autonomy through its communal independence. [148] [155-156] [158] [162-164] [170] [174]

The harm to the constitutional rights of the Hutterites, in the absence of an exemption, is dramatic. On the other hand, the benefits to the province of requiring the Hutterites to be photographed are, at best, marginal. This means that the serious harm caused by the infringing measure weighs far more heavily on the s. 1 scales than the benefits the province gains from its imposition on the Hutterites. The province has therefore not discharged its onus of justifying the imposition of a mandatory photo requirement on the members of the Wilson Colony. [114-116]

Per LeBel J. (dissenting): Abella J.'s comments on the nature of the guarantee of freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* and her opinion that the impugned regulation, which limits freedom of religion,

énuméré de la religion, celle-ci découle non pas d'un stéréotype méprisant, mais d'un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel. Il n'y a donc pas discrimination au sens de l'art. 15. [108]

La juge Abella (dissidente) : Le gouvernement de l'Alberta ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que l'atteinte à la liberté de religion des huttrérites est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. [176]

L'objectif de la photo obligatoire impérative et de l'utilisation de la technologie de reconnaissance faciale est d'aider à prévenir le vol d'identité. Des exemptions de la photo obligatoire ont été accordées aux huttrérites pendant 29 ans et aucun effet négatif sur l'intégrité du système de délivrance de permis n'a été établi. Par ailleurs, plus de 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et leur photo ne figure donc pas dans la banque de données servant à la reconnaissance faciale. Par conséquent, l'avantage découlant de l'ajout dans le système des photos d'environ 250 huttrérites qui pourraient désirer conduire ne serait que d'une utilité négligeable dans la prévention du vol d'identité. Alors que la photo obligatoire impérative a des effets bénéfiques modestes et en grande partie hypothétiques, elle porte gravement atteinte aux droits religieux des huttrérites et menace leur capacité de maintenir leur mode de vie communautaire. Le règlement contesté et les solutions de rechange proposées par le gouvernement exigent la prise d'une photo. Or, c'est précisément cet acte qui va à l'encontre des croyances religieuses des membres de la colonie Wilson. La photo obligatoire impérative constitue donc une forme de coercition indirecte qui place les membres de la colonie Wilson dans une situation intenable où ils doivent choisir soit de rester fidèles à leurs croyances religieuses, soit de renoncer à l'autosuffisance de leur communauté, une communauté qui a toujours préservé son autonomie religieuse grâce à son indépendance communautaire. [148] [155-156] [158] [162-164] [170] [174]

En l'absence d'une exemption, l'atteinte aux droits constitutionnels des huttrérites est dramatique. À l'opposé, les avantages pour la province de l'obligation des huttrérites de se faire photographier sont, au mieux, minimes. Cela signifie que le grave préjudice causé par la mesure attentatoire pèse beaucoup plus lourd dans la balance pour l'application de l'article premier que les avantages pour la province de son imposition aux huttrérites. La province n'a donc pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait de justifier l'imposition de la photo obligatoire impérative aux membres de la colonie Wilson. [114-116]

Le juge LeBel (dissident) : Il y a accord avec les commentaires de la juge Abella sur la nature de la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte* et avec son opinion que le règlement contesté, qui restreint la liberté

has not been properly justified under s. 1 of the *Charter* are both agreed with. The regulatory measures in issue have an impact not only on the Hutterites' belief system, but also on the life of the community. The majority's reasons understate the nature and importance of this aspect of the guarantee of freedom of religion. [178] [182]

Under s. 1, courts have only rarely questioned the purpose of a law or regulation or found that it does not meet the rational connection requirement of the proportionality analysis, but this does not mean that courts will never or should never intervene at these earlier stages. It is generally at the minimal impairment and the balancing of effects stages that the means are questioned and their relationship to the law's purpose is challenged and reviewed. It is also where the purpose itself must be reassessed with regard to the means chosen by Parliament or the legislature. The proportionality analysis thus depends on a close connection between the final two stages of the *Oakes* test. The court's goal is essentially the same at both stages: to strike a proper balance between state action on the one hand, and the preservation of *Charter* rights and the protection of rights or interests that may not be guaranteed by the Constitution but that may nevertheless be of high social value or importance on the other. The proportionality analysis reflects the need to leave some flexibility to government in respect of the choice of means. But the review of those means must also leave the courts with a degree of flexibility in the assessment of the range of alternatives that could realize the goal, and also in determining how far the goal ought to be attained in order to achieve the proper balance between the objective of the state and the rights at stake. The stated objective is not an absolute and should not be treated as a given and alternative solutions should not be evaluated on a standard of maximal consistency with the stated objective. An alternative measure might be legitimate even if the objective could no longer be obtained in its complete integrity. A court must assess the objectives, the impugned means and the alternative means together, as necessary components of a seamless proportionality analysis. [188] [190-191] [195-196] [199]

In this case, the Government of Alberta has failed to demonstrate that the regulation is a proportionate response to the identified societal problem of identity theft. The driver's licence that it denies is not a privilege as it is not granted at the discretion of governments. Such a licence is often of critical importance in daily life and is certainly so in rural Alberta. Other approaches to identity fraud might be devised that would fall within

de religion, n'a pas été convenablement justifié au regard de l'article premier de la *Charte*. Les mesures réglementaires en cause ont un effet non seulement sur le système de croyances des huttérites, mais aussi sur la vie de leur communauté. Les motifs de la majorité sous-estiment la nature et l'importance de cet aspect de la garantie relative à la liberté de religion. [178] [182]

En appliquant l'article premier, les tribunaux ont rarement remis en cause l'objectif d'une loi ou d'un règlement ou jugé qu'il ne satisfaisait pas au critère du lien rationnel dans l'analyse de la proportionnalité, mais cela ne signifie pas que les tribunaux n'interviendront jamais aux premières étapes ou qu'ils ne devraient pas le faire. C'est généralement aux étapes de l'atteinte minimale et de la pondération des effets que les moyens sont remis en cause et que leur lien avec l'objectif législatif est mis à l'épreuve et examiné. C'est aussi à ces stades que l'objectif en soi doit être réévalué au regard des moyens choisis par le Parlement ou la législature. L'analyse de la proportionnalité repose donc sur un lien étroit entre les deux dernières étapes du test de l'arrêt *Oakes*. Le but du tribunal est essentiellement le même aux deux étapes : établir un juste équilibre entre, d'une part, l'action étatique et, d'autre part, la préservation des droits garantis par la *Charte* et la protection des droits ou des intérêts qui ne sont peut-être pas protégés par la Constitution, mais qui possèdent toutefois une grande valeur ou importance sociales. L'analyse de la proportionnalité témoigne de la nécessité de laisser une certaine latitude au gouvernement dans le choix des mesures. Cependant, l'examen de ces mesures doit aussi laisser aux tribunaux un degré de flexibilité dans l'évaluation des solutions de rechange susceptibles de permettre la réalisation de l'objectif et la mesure dans laquelle il doit être réalisé pour produire un juste équilibre entre l'objectif de l'État et les droits en cause. L'objectif déclaré n'est pas absolu et ne devrait pas être tenu pour acquis, et les solutions de rechange ne devraient pas être évaluées selon une norme de compatibilité maximale avec l'objectif déclaré. Une solution de rechange peut être légitime, même si elle ne permet plus la réalisation de l'objectif dans son intégralité. Les tribunaux doivent évaluer ensemble les objectifs, les moyens contestés et les solutions de rechange, comme éléments nécessaires d'une analyse homogène de la proportionnalité. [188] [190-191] [195-196] [199]

En l'espèce, le gouvernement de l'Alberta n'a pas réussi à démontrer que le règlement constitue une réponse proportionnée au problème social reconnu que constitue le vol d'identité. Le permis de conduire qu'il refuse de délivrer ne constitue pas un privilège, car il n'est pas accordé à la discrétion des gouvernements. Un tel permis est souvent d'une importance capitale dans la vie quotidienne et c'est assurément le cas dans les zones rurales

a reasonable range of options and that could establish a proper balance between the social and constitutional interests at stake. This balance cannot be obtained by belittling the impact of the measures on the beliefs and religious practices of the Hutterites and by asking them to rely on transportation services to operate their farms and to preserve their way of life. Absolute safety is probably impossible in a democratic society. A limited restriction on the Province's objective of minimizing identity theft would not unduly compromise this aspect of the security of Alberta residents and might lie within the range of reasonable and constitutional alternatives. [200-201]

Per Fish J. (dissenting): For the reasons given by LeBel J., the disposition of the appeal as suggested by Abella J. and LeBel J. is agreed with. [203]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; Eur. Court H. R., *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

de l'Alberta. On pourrait concevoir d'autres solutions à la fraude d'identité qui se situeraient dans une gamme de mesures raisonnables et permettraient d'établir un juste équilibre entre les intérêts sociaux et constitutionnels en jeu. Il est impossible d'atteindre cet équilibre en minimisant les répercussions des mesures sur les croyances et pratiques religieuses des huttérites et en leur suggérant de s'en remettre aux services de transport pour exploiter leurs fermes et préserver leur mode de vie. La sécurité absolue reste probablement impossible à atteindre dans une société démocratique. Restreindre de façon limitée l'objectif de la province de réduire au minimum le vol d'identité ne compromettrait pas indûment cet aspect de la sécurité des Albertains et s'inscrirait peut-être dans la gamme des solutions de rechange raisonnables et constitutionnelles. [200-201]

Le juge Fish (dissent) : Il y a accord avec le dispositif proposé par les juges Abella et LeBel, pour les motifs exposés par le juge LeBel. [203]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; Cour eur. D. H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; Eur. Court H. R., *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A; *Şahin v. Turkey* [GC], No. 44774/98, ECHR 2005-XI; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Bothwell v. Ontario (Minister of Transportation)* (2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288; *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 15, 24(1), 33.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation, Alta. Reg. 137/2003, s. 3.
Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, ss. 14(1)(b) [am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3(a)], (3) [ad. *idem*, s. 3(b)].
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6.

Authors Cited

Aquinas, Thomas. *Treatise on Law*. Washington, D.C.: Regnery Gateway, 1991.
 Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
 Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; Cour eur. D. H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n^o 260-A; *Şahin c. Turquie* [GC], requête n^o 44774/98, CEDH 2005-XI; *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n^o 45701/99, CEDH 2001-XII; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Bothwell c. Ontario (Minister of Transportation)* (2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288; *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 15, 24(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation, Alta. Reg. 137/2003, art. 3.
Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)(b) [mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3a)], (3) [aj. *idem*, art. 3b)].
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, ch. T-6.

Doctrine citée

Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Cameron, Jamie. « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
 Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

- Canadian Charter's Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Davis, Morris, and Joseph F. Krauter. *The Other Canadians: Profiles of Six Minorities*. Toronto: Methuen, 1971.
- Eissen, Marc-André. "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1993, 125.
- Emiliou, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*. London: Kluwer Law International, 1996.
- Grimm, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2008, release 1).
- Hurka, Thomas. "Proportionality in the Morality of War" (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34.
- McLachlin, The Right Honourable Beverley M. "Freedom of Religion and the Rule of Law: A Canadian Perspective", in Douglas Farrow, ed., *Recognizing Religion in a Secular Society: Essays in Pluralism, Religion, and Public Policy*. Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2004, 12.
- Mullan, David J. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 5th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2003.
- Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*. New York: Basic Books, 2008.
- Taylor, Charles. *Philosophical Arguments*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.
- Van der Schyff, Gerhard. *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*. Nijmegen, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2005.
- Webber, Jeremy. "The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion", in Avigail Eisenberg, ed., *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2006, 178.
- Webber, Jeremy. "Understanding the Religion in Freedom of Religion", in Peter Cane, Carolyn Evans and Zoë Robinson, eds., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 26.
- Weinstock, Daniel M. "Philosophical Reflections on the Oakes Test", in Luc B. Tremblay and Grégoire C. N. Webber, eds., *The Limitation of Charter Rights*: d'Aquin, Thomas. *Somme théologique*, t. 2. Paris : Les Éditions du Cerf, 2003 (en ligne : <http://bibliotheque.editionsducerf.fr/par%20page/1410/TM.htm>).
- Davis, Morris, and Joseph F. Krauter. *The Other Canadians : Profiles of Six Minorities*. Toronto : Methuen, 1971.
- Eissen, Marc-André. « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights », in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht, The Netherlands : Martinus Nijhoff, 1993, 125.
- Emiliou, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study*. London : Kluwer Law International, 1996.
- Grimm, Dieter. « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2008, release 1).
- Hurka, Thomas. « Proportionality in the Morality of War » (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34.
- McLachlin, The Right Honourable Beverley M. « Freedom of Religion and the Rule of Law : A Canadian Perspective », in Douglas Farrow, ed., *Recognizing Religion in a Secular Society : Essays in Pluralism, Religion, and Public Policy*. Montreal and Kingston : McGill-Queen's University Press, 2004, 12.
- Mullan, David J. *Administrative Law : Cases, Text, and Materials*, 5th ed. Toronto : Emond Montgomery, 2003.
- Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience : In Defense of America's Tradition of Religious Equality*. New York : Basic Books, 2008.
- Taylor, Charles. *Philosophical Arguments*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1995.
- Van der Schyff, Gerhard. *Limitation of Rights : A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*. Nijmegen, The Netherlands : Wolf Legal Publishers, 2005.
- Webber, Jeremy. « The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion », in Avigail Eisenberg, ed., *Diversity and Equality : The Changing Framework of Freedom in Canada*. Vancouver : UBC Press, 2006, 178.
- Webber, Jeremy. « Understanding the Religion in Freedom of Religion », in Peter Cane, Carolyn Evans and Zoë Robinson, eds., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*. Cambridge : Cambridge University Press, 2008, 26.
- Weinstock, Daniel M. « Philosophical Reflections on the Oakes Test », dans Luc B. Tremblay et Grégoire C. N. Webber, dir., *La limitation des droits de la Charte :*

Critical Essays on R. v. Oakes. Montréal: Les Éditions Thémis, 2009, 115.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, O'Brien and Slatter J.J.A.), 2007 ABCA 160, 417 A.R. 68, 410 W.A.C. 68, 283 D.L.R. (4th) 136, [2007] 9 W.W.R. 459, 156 C.R.R. (2d) 234, 77 Alta. L.R. (4th) 281, 49 M.V.R. (5th) 45, [2007] A.J. No. 518 (QL), 2007 CarswellAlta 622, affirming a decision of LoVecchio J., 2006 ABQB 338, 398 A.R. 5, 269 D.L.R. (4th) 757, [2006] 8 W.W.R. 190, 141 C.R.R. (2d) 227, 57 Alta. L.R. (4th) 300, 33 M.V.R. (5th) 16, [2006] A.J. No. 523 (QL), 2006 CarswellAlta 576. Appeal allowed, LeBel, Fish and Abella J.J. dissenting.

Roderick S. Wiltshire and Randy Steele, for the appellant.

K. Gregory Senda, for the respondents.

Donald J. Rennie and Sharlene Telles-Langdon, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney and Michael T. Doi, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Leah Greathead and Tyna Mason, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Mahmud Jamal, Colin Feasby and David Grossman, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Kikee Malik and Brian Smith, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Charles M. Gibson, Albertos Polizogopoulos, Don Hutchinson and Faye Sonier, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship.

Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes. Montréal: Les Éditions Thémis, 2009, 115.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, O'Brien et Slatter), 2007 ABCA 160, 417 A.R. 68, 410 W.A.C. 68, 283 D.L.R. (4th) 136, [2007] 9 W.W.R. 459, 156 C.R.R. (2d) 234, 77 Alta. L.R. (4th) 281, 49 M.V.R. (5th) 45, [2007] A.J. No. 518 (QL), 2007 CarswellAlta 622, qui a confirmé une décision du juge LoVecchio, 2006 ABQB 338, 398 A.R. 5, 269 D.L.R. (4th) 757, [2006] 8 W.W.R. 190, 141 C.R.R. (2d) 227, 57 Alta. L.R. (4th) 300, 33 M.V.R. (5th) 16, [2006] A.J. No. 523 (QL), 2006 CarswellAlta 576. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish et Abella sont dissidents.

Roderick S. Wiltshire et Randy Steele, pour l'appelante.

K. Gregory Senda, pour les intimées.

Donald J. Rennie et Sharlene Telles-Langdon, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney et Michael T. Doi, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

Leah Greathead et Tyna Mason, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Mahmud Jamal, Colin Feasby et David Grossman, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Kikee Malik et Brian Smith, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Charles M. Gibson, Albertos Polizogopoulos, Don Hutchinson et Faye Sonier, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The Province of Alberta requires all persons who drive motor vehicles on highways to hold a driver's licence. Since 1974 each licence has borne a photograph of the licence holder, subject to exemptions for people who objected to having their photos taken on religious grounds. In 2003 the Province made the photo requirement universal in order to reduce the risk of driver's licences being used for identity theft, a growing problem in Alberta and the country. All licence holders are now required to have their photos taken for purposes of placement in the Province's facial recognition data bank.

[2] The Wilson Colony of Hutterian Brethren maintains a rural, communal lifestyle, carrying on a variety of commercial activities. They object on religious grounds to having their photographs taken. After the religious exemption to the photo requirement was revoked in 2003, Colony members began these proceedings against the Alberta government, alleging a breach of their religious freedom. The Province has offered to lessen the impact of the universal photo requirement by issuing special licences without photos, relieving Colony members of the need to carry their photos. However, it insists that their photos be taken for purposes of placement in the central data bank. The members of the Wilson Colony have rejected this proposal.

[3] The case has proceeded on the basis that the universal photo requirement constitutes a limit on the freedom of religion of Colony members who wish to obtain a driver's licence and thus infringes s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issue on this appeal is whether this

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La province de l'Alberta oblige toutes les personnes qui conduisent un véhicule automobile sur la voie publique à détenir un permis de conduire. Depuis 1974, chaque permis porte une photo de son titulaire, sous réserve des exemptions accordées aux personnes qui objectent des motifs religieux à leur obligation de se faire photographier. En 2003, la province a universalisé la photo obligatoire afin de réduire le risque que les permis servent à la perpétration de vols d'identité, un problème croissant en Alberta et ailleurs au pays. Tous les titulaires de permis ont maintenant l'obligation de faire prendre leur photo afin qu'elle soit versée dans une banque de données provinciale reliée à un logiciel de reconnaissance faciale.

[2] Les membres de la colonie huttérite Wilson ont un mode de vie rural et communautaire et ils exercent diverses activités commerciales. Ils refusent, pour des motifs religieux, de se laisser photographier. À la suite de l'abolition, en 2003, de l'exemption de photo obligatoire fondée sur des motifs religieux, les membres de la colonie ont engagé la présente poursuite contre le gouvernement albertain pour atteinte à leur liberté de religion. La province a offert d'atténuer l'effet de l'universalité de la photo obligatoire en leur délivrant des permis spéciaux, sans photo, ce qui les dégagerait de l'obligation de porter leur photo sur eux. Cependant, elle insiste pour qu'ils se fassent photographier afin que leur photo soit versée dans la banque de données centrale. Les membres de la colonie Wilson ont rejeté cette proposition.

[3] Il a été tenu pour avéré que la photo obligatoire universelle porte atteinte à la liberté de religion des membres de la colonie qui désirent obtenir un permis de conduire et contrevient, de ce fait, à l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pourvoi porte sur la question de savoir si cette atteinte

limit is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. If not, the regulation is inconsistent with the *Charter* and is null and void pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[4] I conclude that the evidence led by the Province establishes that the universal photo requirement is justified under s. 1 of the *Charter* on the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The goal of setting up a system that minimizes the risk of identity theft associated with driver's licences is a pressing and important public goal. The universal photo requirement is connected to this goal and does not limit freedom of religion more than required to achieve it. Finally, the negative impact on the freedom of religion of Colony members who wish to obtain licences does not outweigh the benefits associated with the universal photo requirement. Accordingly, I would allow the appeal and uphold the regulation as constitutional.

II. Facts

[5] Alberta began issuing driver's licences with photos in 1974. Until 2003, however, religious objectors were granted a non-photo licence called a Condition Code G licence, at the Registrar's discretion.

[6] Driver's licences in Alberta are governed by the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, and regulations made under it. The power of the Registrar to grant exceptions to the photo requirement which existed previously in s. 14(1)(b) of Alberta's *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, was eliminated in May 2003 (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003, s. 3). The new s. 14(1)(b) now requires that the Registrar "must require an image of the applicant's face, for incorporation in the licence, be taken". The amendment also added s. 14(3) which provides for use of the photo thus taken for "facial recognition

constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Sinon, le règlement est incompatible avec la *Charte* et inopérant en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[4] Je conclus que la preuve présentée par la province démontre que l'universalité de la photo obligatoire est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, selon le test établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'objectif de l'établissement d'un système qui réduise au minimum le risque de vol d'identité associé aux permis de conduire constitue un objectif public urgent et important. La photo obligatoire universelle a un lien avec cet objectif et ne restreint pas la liberté de religion plus qu'il n'est nécessaire pour l'atteindre. Enfin, les effets préjudiciables de cette mesure sur la liberté de religion des membres de la colonie qui désirent obtenir un permis ne l'emportent pas sur les effets bénéfiques de l'universalisation de la photo obligatoire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la constitutionnalité du règlement.

II. Les faits

[5] L'Alberta a commencé à délivrer des permis de conduire avec photo en 1974. Cependant, jusqu'en 2003, les personnes qui soulevaient des objections d'ordre religieux pouvaient obtenir un permis sans photo, c'est-à-dire un « permis assorti de la condition G », à la discrétion du registraire.

[6] Les permis de conduire en Alberta sont régis par la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, et ses règlements d'application. Le pouvoir du registraire d'accorder des exemptions de photo obligatoire, qui lui était conféré par l'al. 14(1)b du règlement 320/2002 de l'Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, lui a été retiré en mai 2003 (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003, art. 3). Selon le nouvel al. 14(1)b, le registraire [TRADUCTION] « exige qu'une image du visage du demandeur soit prise [. . .] et intégrée au permis ». Le règlement a également été modifié par l'ajout du par. 14(3), qui prévoit l'utilisation de la photo ainsi

software for the purpose of the identification of, or the verification of the identity of, a person who has applied for an operator's licence".

[7] Members of the Wilson Colony, like many other Hutterites, believe that the Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken. This belief is sincerely held.

[8] Although the Colony attempts to be self-sufficient, some members need driver's licences so that they can travel outside the Colony to do business and attend to the needs of members. Under the 2003 regulation, members currently holding Condition Code G licences are required to have their photograph taken upon renewal of their licences, resulting in a violation of their religious beliefs. The Colony claimants led evidence asserting that if members could not obtain driver's licences, the viability of their communal lifestyle would be threatened. Mr. Samuel Wurz, the Colony's Secretary-Treasurer, deposed that each Colony member has a specific set of responsibilities assigned to him or her, some of which require the member to drive. If a Colony member cannot carry out these responsibilities, it "causes our religious commune to function improperly, thereby eroding the fabric of our social, cultural and religious way of life". In his view, the Province is effectively "attempting to force the Hutterian Brethren to make a choice between two of our religious beliefs", a choice they feel they should not have to make.

[9] The Province, for its part, led evidence that the adoption of the universal photo requirement in 2003 was connected to a new system aimed at minimizing identity theft associated with driver's licences. The evidence showed that identity theft is a serious and growing problem in Alberta and elsewhere, and that drivers' licences, the most commonly used and accepted form of identification, could be and were being used for identity theft.

prise dans [TRADUCTION] « le logiciel de reconnaissance faciale à des fins d'identification ou de vérification de l'identité de la personne qui a demandé un permis de conduire ».

[7] Les membres de la colonie Wilson, comme de nombreux autres huttérites, croient que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement. Il s'agit d'une croyance sincère.

[8] Bien que la colonie vise l'autosuffisance, certains de ses membres ont besoin d'un permis de conduire pour se déplacer à l'extérieur de la colonie à des fins commerciales et pour répondre aux besoins des membres de la colonie. Le règlement de 2003 oblige les membres de la colonie qui détiennent actuellement un permis assorti de la condition G à se faire photographier lors du renouvellement de leur permis, ce qui va à l'encontre de leurs croyances religieuses. Les plaignants de la colonie ont présenté une preuve démontrant que l'impossibilité pour les membres de la colonie d'obtenir un permis de conduire menacerait la viabilité de leur mode de vie communautaire. M. Samuel Wurz, secrétaire-trésorier de la colonie, a déclaré que chaque membre de la colonie doit s'acquitter d'un ensemble précis de responsabilités, dont certaines impliquent la conduite d'un véhicule. Si un membre de la colonie ne peut s'acquitter de ses responsabilités, cela [TRADUCTION] « nuit au bon fonctionnement de notre communauté religieuse, ce qui entraîne l'effritement des bases mêmes de notre mode de vie sur les plans social, culturel et religieux ». Selon lui, en réalité, la province [TRADUCTION] « tente d'obliger les huttérites à choisir entre deux de nos croyances religieuses », un choix qu'ils ne devraient pas avoir à faire, selon eux.

[9] Pour sa part, la province a présenté une preuve démontrant que l'universalisation de la photo obligatoire, en 2003, était reliée à l'instauration d'un nouveau système visant à réduire au minimum le vol d'identité associé au permis de conduire. La preuve a démontré que le vol d'identité constitue un problème grave et croissant, en Alberta comme ailleurs, et que le permis de conduire, qui représente la pièce d'identité la plus couramment acceptée et utilisée,

The new facial recognition data bank was aimed at reducing the risk of this type of fraud.

[10] Under the new system a digital photograph of every licensed driver is placed in a facial recognition data bank. This data bank is connected to facial recognition software which analyses the digital photographs of people who apply for licences. The software performs two kinds of comparison: one-to-one and one-to-many. The one-to-one comparison allows the government to be sure that the person trying to renew or replace a licence is the same person represented by the existing photo in the data bank. The one-to-many comparison allows it to be satisfied that a person applying for a new licence does not already hold another licence in another person's name.

[11] A comprehensive photo requirement, whereby all valid licences are associated with a photo in the data bank, is essential to ensuring the efficacy of these mechanisms. To the extent that licences exist without holder photos in the central photo bank, others can appropriate the identity of the licence holder without detection by the facial recognition software. The Province also led evidence that this system was adopted with a view to harmonization with international and interprovincial standards for photo identification.

[12] The Province has proposed measures to accommodate the Hutterian claimants' objection to the universal driver's licence photo requirement. The first is that the licence display a photo, but that the licence be carried in a sealed envelope or folder marked with the indication that it is the property of the Province, and that a digital photo be placed in the Province's facial recognition bank. The second is simply that a digital photo be placed in the bank, with no photo accompanying the driver's licence. The aim of these proposals is to minimize the impact of the universal photo requirement on religious beliefs by removing the need for

peut servir et sert effectivement à la perpétration de vols d'identité. La nouvelle banque de données reliée à un logiciel de reconnaissance faciale vise à réduire le risque de ce genre de fraude.

[10] Le nouveau système comporte une banque de données dans laquelle est versée une photo numérique de chaque titulaire d'un permis de conduire. Cette banque de données est reliée à un logiciel de reconnaissance faciale qui analyse les photos numériques des demandeurs de permis. Le logiciel effectue deux sortes de comparaison : individuelle et collective. La comparaison individuelle permet au gouvernement de s'assurer que la personne qui veut renouveler ou remplacer son permis est la même que celle représentée sur la photo déjà versée dans la banque de données. La comparaison collective lui permet de s'assurer que la personne qui demande un nouveau permis ne détient pas déjà un permis sous un autre nom.

[11] Pour assurer l'efficacité de ces mécanismes, il est essentiel que la photo obligatoire, permettant d'associer chaque permis valide à une photo de la banque de données, constitue une condition d'application générale. Si des personnes détiennent un permis, sans que leur photo figure dans la banque de photos centrale, il est possible que quelqu'un usurpe leur identité et que le logiciel de reconnaissance faciale ne le détecte pas. La province a aussi présenté une preuve indiquant que le nouveau système avait été établi à des fins d'harmonisation avec les normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification.

[12] La province a proposé des mesures d'accommodement pour répondre à l'objection des plaignants huttérites contre la photo obligatoire universelle pour l'obtention d'un permis de conduire. La première voudrait que la photo figure sur le permis, mais que celui-ci soit placé dans une enveloppe ou un étui scellé portant une mention indiquant qu'il appartient à la province, et qu'une photo numérique soit versée dans la banque de données provinciale reliée à un logiciel de reconnaissance faciale. La seconde consisterait simplement à verser une photo numérique dans la banque de données, sans qu'aucune photo n'accompagne le permis de

Colony members to have any direct contact with the photos.

[13] The Colony claimants reject both alternatives on the ground that they require a member to have a photo taken. It proposes that no photo be taken, and that non-photo driver's licences be issued to them, marked "Not to be used for identification purposes".

III. History of Proceedings

A. *Alberta Court of Queen's Bench (LoVecchio J.)*, 2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300

[14] The chambers judge proceeded on the basis that the universal photo requirement limited Colony members' right to freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter*. He went on to find that this limit was not shown to be justified under s. 1 of the *Charter*.

[15] The chambers judge defined the government's objective as being "to prevent identity theft or fraud and the various forms of mischief which identity theft may facilitate, and . . . the harmonization of international and interprovincial standards for photo identification" (para. 10), associated with the issuance of motor vehicle driver's licences. He concluded that the objective of preventing identity theft associated with driver's licences, while limited, was "pressing and substantial" (para. 14).

[16] The chambers judge found that "the implementation of mandatory photographic licences, together with facial recognition software, is rationally connected to the objective of safeguarding the system of issuing operator's licences from fraud and for that mat[t]er the larger objective of limiting identity theft" (para. 16). He went on to find, however, that the requirement of minimal impairment

conduire. Ces propositions visent à réduire au minimum l'incidence de la photo obligatoire universelle sur les croyances religieuses en évitant aux membres de la colonie d'avoir un contact direct avec les photos.

[13] Les plaignants de la colonie rejettent ces deux solutions de rechange parce qu'elles comportent l'obligation de se faire photographier. Ils proposent qu'aucune photo ne soit prise et qu'on leur délivre des permis de conduire sans photo, portant la mention [TRADUCTION] « Non valide comme pièce d'identité ».

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge LoVecchio)*, 2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300

[14] Le juge siégeant en son cabinet a tenu pour avéré que la photo obligatoire universelle restreint le droit des membres de la colonie à la liberté de religion que leur garantit l'al. 2a) de la *Charte*. Il a ensuite conclu qu'il n'avait pas été démontré que cette limite était justifiée au sens de l'article premier.

[15] Le juge en cabinet a constaté que le gouvernement avait pour objectif [TRADUCTION] « d'empêcher le vol d'identité et la fraude, ainsi que les divers méfaits que le vol d'identité peut faciliter, et [. . .] l'harmonisation des normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification » (par. 10), dans le cadre de la délivrance des permis de conduire. Il a conclu que, même s'il était limité, l'objectif d'empêcher le vol d'identité associé au permis de conduire était « urgent et réel » (par. 14).

[16] Le juge en cabinet a conclu que [TRADUCTION] « la mise en place de permis avec photo obligatoire, et d'un logiciel de reconnaissance faciale, a un lien rationnel avec l'objectif de protéger le système de délivrance des permis de conduire contre la fraude et, d'ailleurs, avec l'objectif plus général de limiter le vol d'identité » (par. 16). Cependant, il a également conclu que l'exigence de l'atteinte minimale

was not met, in that the government had not accommodated the “distinctive character of the burdened group . . . to the point of undue hardship” (para. 18), citing *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. The accommodations offered by the Province would still require members to have their photos taken and offend the right. On the other hand, the Colony claimants’ proposal that the driver’s licence be marked “Not to be used for identification purposes” would satisfy the Colony members’ concerns and also meet the government’s objectives, since an individual seeking to impersonate the holder would be “significantly limited in the extent to which he or she could use the licence” (para. 28).

[17] Although it was unnecessary, in view of his finding on minimal impairment, the chambers judge went on to consider proportionality of effects. He observed that while the requirement of photos combined with facial recognition software “may safeguard the system of issuing licences against fraud, and thereby constitute a useful tool against identity theft in general”, this did not “safeguard the identity of the thousands of other individuals to whom operators’ licences are never issued because they do not qualify to drive” (para. 31). He concluded: “In this regard, the effects of the measure appear somewhat limited when weighed against the acknowledged incursion upon the religious beliefs of the members of the applicant Colony” (para. 32).

[18] The chambers judge concluded that the regulation is inconsistent with the *Charter* “to the extent that it renders a digital photograph mandatory for individuals who claim a valid religious objection” (para. 39). Accordingly, he held that the amendment removing the regulation’s discretionary religious exemption was of no force and effect.

n’avait pas été remplie, étant donné que le gouvernement n’avait pas pris de mesures d’accommodement pour tenir compte du « caractère distinct du groupe auquel incombe le fardeau [. . .] jusqu’au point où il en résulterait une contrainte excessive » (par. 18), citant *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256. Les mesures d’accommodement proposées par la province obligeraient quand même les membres de la colonie à se faire photographier, ce qui porte atteinte à leur droit. En revanche, la proposition des plaignants de la colonie que le permis de conduire porte la mention « Non valide comme pièce d’identité » répondrait aux préoccupations des membres de la colonie tout en atteignant les objectifs du gouvernement, étant donné que la personne qui voudrait usurper l’identité de son titulaire ne pourrait [TRADUCTION] « utiliser le permis que de façon très limitée » (par. 28).

[17] Même si ce n’était pas nécessaire, compte tenu de sa conclusion sur l’atteinte minimale, le juge en cabinet a ensuite examiné le critère de la proportionnalité. Il a constaté que, même si la photo obligatoire conjuguée au logiciel de reconnaissance faciale [TRADUCTION] « peut protéger le système de délivrance des permis contre la fraude et, de ce fait, constituer un instrument utile contre le vol d’identité en général », cette mesure « ne protège pas l’identité de milliers d’autres personnes auxquelles un permis de conduire ne sera jamais délivré parce qu’elles ne remplissent pas les conditions requises » (par. 31). Il a conclu : « Ainsi, les effets de cette mesure semblent quelque peu limités au regard de l’atteinte tenue pour avérée qu’elle porterait aux croyances religieuses des membres de la colonie » (par. 32).

[18] Le juge en cabinet a conclu que le règlement est incompatible avec la *Charte* [TRADUCTION] « dans la mesure où il rend obligatoire la photo numérique dans le cas d’une personne qui soulève une objection valable fondée sur des convictions religieuses » (par. 39). Par conséquent, il a statué que la modification abolissant les exemptions discrétionnaires fondées sur des motifs d’ordre religieux était inopérante.

B. *Alberta Court of Appeal*, 2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281

[19] The majority, *per* Conrad J.A. (O'Brien J.A. concurring), dismissed the appeal.

[20] Conrad J.A. characterized the purpose of the photo requirement narrowly as preventing licence duplication in order to permit the ready identification of licensed drivers at the roadside and minimize the number of disqualified people operating motor vehicles. Reasoning that the regulation, enacted under the *Traffic Safety Act*, was confined to enhancing traffic safety, she held that the goals of preventing identity theft, fraud and threats to public safety, could not be considered under s. 1. If the Province wished to assert these goals, in her view it should have enacted a law going specifically to these risks. She also noted the absence of legislative debate on the issue, suggesting that this rendered the regulation suspect.

[21] Conrad J.A. expressed doubt about whether the photo requirement was rationally connected to the objective of identification associated with traffic safety. Since over 700,000 unlicensed Albertans are not in the facial recognition data bank, granting a few hundred Hutterites an exemption from the photo requirement would not have a significant impact on the number of identities available for unlawful appropriation.

[22] However, Conrad J.A. went on to dispose of the case on the ground that the universal photo requirement did not minimally impair the right, because it did not reasonably accommodate Colony members' s. 2(a) religious freedom. She noted that the claimants had enjoyed an exemption from the requirement for close to 30 years, with no evidence of resultant harm. The result, according to Conrad J.A., was that "the impugned regulation offers only a very slight protection against the risk that

B. *Cour d'appel de l'Alberta*, 2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281

[19] La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité, sous la plume de la juge Conrad (avec l'accord du juge O'Brien).

[20] La juge Conrad a retenu une définition étroite de l'objectif de la photo obligatoire, en affirmant qu'il consistait à empêcher la duplication des permis de façon à permettre la vérification rapide de l'identité des conducteurs titulaires d'un permis en bordure de la route et à réduire au minimum le nombre de personnes qui conduisent un véhicule automobile sans remplir les conditions requises. Étant d'avis que l'objet du règlement pris en application de la *Traffic Safety Act* se limitait à améliorer la sécurité routière, elle a jugé que l'objectif d'empêcher le vol d'identité, la fraude et les risques pour la sécurité du public ne pouvait être pris en compte dans le cadre de l'analyse requise par l'article premier. Selon elle, si la province désirait atteindre ces objectifs, elle aurait dû adopter une loi visant expressément ces risques. Elle a également constaté l'absence de débat législatif à ce sujet et laissé entendre que cela rendait le règlement suspect.

[21] La juge Conrad a exprimé des doutes quant à savoir si la photo obligatoire avait un lien rationnel avec l'objectif de vérification de l'identité relié à la sécurité routière. Étant donné que plus de 700 000 Albertains sans permis ne figurent pas dans la banque de données reliée au logiciel de reconnaissance faciale, le fait d'exempter quelques centaines d'hutterites de la photo obligatoire n'aurait pas d'incidence importante sur le nombre de personnes dont l'identité pourrait être usurpée illégalement.

[22] Toutefois, la juge Conrad a poursuivi son analyse et elle a finalement fondé sa décision sur sa conclusion que la photo obligatoire universelle ne constituait pas une atteinte minimale au droit des membres de la colonie, car elle ne comportait pas de mesure d'accommodement raisonnable pour protéger leur liberté de religion garantie par l'al. 2a). Elle a constaté que les plaignants avaient bénéficié d'une exemption pendant près de 30 ans, et qu'aucun effet négatif en découlant n'avait été

a licence will be issued to an individual in a name other than his or her own, while completely infringing the respondents' rights" (para. 46). Conrad J.A. added that the effects of the regulation were disproportionate, in that "the mandatory photo requirement forces the Hutterian Brethren to either breach a sincerely held religious belief against being photographed or to cease driving", which would also have severe practical consequences for individuals in the community (para. 54).

[23] Slatter J.A., dissenting, defined one of the goals of the universal photo requirement as maximizing the reliability and integrity of driver's licences as a widely used and respected method of personal identification. He found that the limit on freedom of religion imposed by the photo requirement, while it might not eliminate all identity theft, was rationally connected to the objective of "[m]aking forgery or unauthorized driving more difficult" (para. 99).

[24] On minimal impairment, Slatter J.A. proceeded on the basis that the government must show that it has accommodated the right to the point of undue hardship. The accommodations offered by the Province, while they would still limit the Colony members' religion freedom, would go some way to fulfilling the requirements of the Second Commandment, since members would not have to look at their photos. He held that the accommodation proposed by the Colony claimants — driver's licences marked "Not to be used for identification purposes" — was no accommodation at all, but simply "an assertion that nothing which infringes the second commandment can ever be justified" (para. 121). In addition, it would prevent police officers from using non-photo licences for the basic function of driver identification. Slatter J.A. found that the Colony claimants' proposal would reduce the efficacy of the system with respect to identity theft. After alluding to harmonization with other systems, Slatter J.A. concluded that "[t]o require

établi en preuve. Selon la juge Conrad, il s'ensuit que [TRADUCTION] « le règlement contesté n'offre qu'une protection minimale contre le risque qu'un permis soit délivré à quelqu'un sous un autre nom que le sien, alors qu'il viole totalement les droits des intimées » (par. 46). La juge Conrad a ajouté que les effets du règlement étaient disproportionnés, étant donné que [TRADUCTION] « la condition impérative de la photo obligatoire oblige le frère hutterite soit à agir à l'encontre d'une croyance religieuse sincère qui lui interdit de se laisser photographier, soit à cesser de conduire », ce qui aurait également de graves conséquences pratiques pour les membres de la communauté (par. 54).

[23] Selon la juge Slatter, dissidente, l'universalisation de la photo obligatoire visait notamment à augmenter au maximum la fiabilité et l'intégrité du permis de conduire comme pièce d'identité couramment reconnue et utilisée. Il a jugé que la restriction à la liberté de religion résultant de la photo obligatoire, bien qu'elle ne permette pas d'éliminer tous les vols d'identité, avait un lien rationnel avec l'objectif de [TRADUCTION] « [r]endre plus difficiles la falsification du permis et la conduite non autorisée d'un véhicule automobile » (par. 99).

[24] En ce qui concerne l'atteinte minimale, le juge Slatter est parti du principe que le gouvernement doit démontrer qu'il a pris toutes les mesures d'accommodement possibles sans qu'il en résulte une contrainte excessive. Les mesures proposées par la province, bien qu'elles restreignent toujours la liberté de religion des membres de la colonie, leur permettraient de respecter le deuxième commandement dans une certaine mesure, puisqu'elles ne les obligent pas à regarder leur photo. Il a jugé que la proposition des plaignants de la colonie — des permis de conduire portant la mention « Non valide comme pièce d'identité » — n'avait rien d'une mesure d'accommodement, et qu'il s'agissait en fait d'une [TRADUCTION] « déclaration selon laquelle absolument aucune transgression du deuxième commandement ne pourrait être justifiée » (par. 121). De plus, elle empêcherait les policiers d'utiliser les permis sans photo pour la fonction élémentaire qui consiste à vérifier l'identité des conducteurs. Le juge Slatter a conclu que la proposition des plaignants de

the [Province] to accommodate any further would require it to significantly compromise a central feature of the security of the licencing system, and would amount to undue hardship” (para. 124).

[25] Slatter J.A. concluded that the salutary effects of having the photos of all licence holders in the data bank — regulating traffic safety and ensuring the integrity and reliability of the driver’s licence system to the benefit of Albertans — outweighed the deleterious effects on Colony members’ freedom of religion. He observed that the Colony members object only to having their photos taken *voluntarily*, and suggested that the element of state compulsion implied by the photo requirement would “considerably diminish any disobedience to their religious tenets” (para. 126). For those reasons, he took the view that “[i]n a free and democratic society minor infringements of this kind on religious doctrine can be tolerated” (para. 126).

[26] Slatter J.A. accordingly concluded that the appeal should be allowed.

IV. Issues

[27] A. Freedom of religion

1. The nature of the limit on the s. 2(a) right;
2. Is the limit on the s. 2(a) right justified under s. 1 of the *Charter*?
 - (a) Is the limit prescribed by law?
 - (b) Is the purpose for which the limit is imposed pressing and substantial?

la colonie diminuerait l’efficacité du système en ce qui a trait au vol d’identité. Après avoir fait allusion à l’harmonisation avec les autres systèmes, le juge Slatter a conclu que [TRADUCTION] « [I]e fait d’exiger que [la province] prenne une mesure d’accommodement plus poussée la forcerait à transiger grandement sur un élément fondamental de la sécurité du système de délivrance des permis et constituerait une contrainte excessive » (par. 124).

[25] Le juge Slatter a conclu que les effets bénéfiques d’une banque de données contenant une photo de tous les titulaires de permis — régler la sécurité routière et assurer l’intégrité et la fiabilité du système de délivrance des permis de conduire dans l’intérêt des Albertains — emportaient sur ses effets préjudiciables à la liberté de religion des membres de la colonie. Il a souligné que les membres de la colonie s’opposent uniquement au fait de se faire photographier *volontairement*, et il a laissé entendre que l’élément de contrainte exercée par l’État que comporte la photo obligatoire [TRADUCTION] « amoindrirait considérablement toute désobéissance à leurs préceptes religieux » (par. 126). Pour ces motifs, il a estimé que « [d]ans le cadre d’une société libre et démocratique, de telles atteintes mineures aux préceptes religieux peuvent être tolérées » (par. 126).

[26] En conséquence, le juge Slatter a conclu que l’appel devait être accueilli.

IV. Les questions en litige

[27] A. La liberté de religion

1. La nature de la restriction au droit garanti par l’al. 2a);
2. La restriction au droit garanti par l’al. 2a) est-elle justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*?
 - a) La restriction est-elle prescrite par une règle de droit?
 - b) L’objectif que vise la restriction est-il urgent et réel?

(c) Is the means by which the goal is furthered proportionate?

(i) Is the limit rationally connected to the purpose?

(ii) Does the limit minimally impair the right?

(iii) Is the law proportionate in its effect?

(d) Conclusion on justification

B. The claim under s. 15

V. Analysis

A. *Freedom of Religion*

(1) The Nature of the Limit on the Section 2(a) Right

[28] Section 2(a) of the *Charter* states that “[e]veryone has . . . freedom of conscience and religion”.

[29] The members of the Colony believe that permitting their photo to be taken violates the Second Commandment: “You shall not make for yourself an idol, or any likeness of what is in heaven above or on the earth beneath or in the water under the earth” (Exodus 20:4). They believe that photographs are “likenesses” within the meaning of the Second Commandment, and want nothing to do with their creation or use. The impact of having a photo taken might involve censure, such as being required to stand during religious services.

[30] Given these beliefs, the effect of the universal photo requirement is to place Colony members who wish to obtain driver’s licences either in the position of violating their religious commitments, or of foregoing driver’s licences. Without the ability of some members of the Colony to obtain driver’s licences, Colony members argue that they will not be able to drive to local centres to do business and obtain the goods and services necessary

c) Le moyen choisi pour atteindre l’objectif est-il proportionné?

(i) La restriction a-t-elle un lien rationnel avec l’objectif?

(ii) La restriction porte-t-elle le moins possible atteinte au droit?

(iii) La mesure législative est-elle proportionnée dans ses effets?

d) Conclusion sur la justification

B. La demande fondée sur l’art. 15

V. Analyse

A. *La liberté de religion*

(1) La nature de la restriction au droit garanti par l’al. 2a)

[28] L’alinéa 2a) de la *Charte* déclare que « [c]hacun a [la] liberté de conscience et de religion ».

[29] Les membres de la colonie croient qu’ils désobéiraient au deuxième commandement s’ils se laisseraient photographier : « Tu ne te feras point d’image taillée, ni de représentation quelconque des choses qui sont en haut dans les cieux, qui sont en bas sur la terre, et qui sont dans les eaux plus bas que la terre » (Exode 20:4). Ils croient que les photos sont des « représentations » au sens où l’entend le deuxième commandement et ne veulent participer en rien à leur création ou à leur utilisation. Le fait de se laisser photographier pourrait se traduire par une sanction, comme l’obligation de se tenir debout pendant les services religieux.

[30] Vu ces croyances, la photo obligatoire universelle a pour effet de placer les membres de la colonie qui désirent obtenir un permis de conduire devant un dilemme : agir à l’encontre de leurs engagements religieux ou renoncer au permis. Sans la possibilité que des membres de la colonie obtiennent un permis de conduire, les plaignants soutiennent qu’ils ne pourront pas se rendre en auto jusqu’aux centres locaux à des fins commerciales et pour se

to the Colony. The regulation, they argue, forces members to choose between obeying the Second Commandment and adhering to their rural communal lifestyle, thereby limiting their religious freedom and violating s. 2(a) of the *Charter*.

[31] My colleague Abella J. notes at para. 130 that “freedom of religion has ‘both individual and collective aspects’”. She asserts that “[b]oth . . . are engaged in this case.” While I agree that religious freedom has both individual and collective aspects, I think it is important to be clear about the relevance of those aspects at different stages of the analysis in this case. The broader impact of the photo requirement on the Wilson Colony community is relevant at the proportionality stage of the s. 1 analysis, specifically in weighing the deleterious and salutary effects of the impugned regulation. The extent to which the impugned law undermines the proper functioning of the community properly informs that comparison. Community impact does not, however, transform the essential claim — that of the individual claimants for photo-free licences — into an assertion of a group right.

[32] An infringement of s. 2(a) of the *Charter* will be made out where: (1) the claimant sincerely believes in a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) the impugned measure interferes with the claimant’s ability to act in accordance with his or her religious beliefs in a manner that is more than trivial or insubstantial: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, and *Multani*. “Trivial or insubstantial” interference is interference that does not threaten actual religious beliefs or conduct. As explained in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759, *per* Dickson C.J.:

The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern

procurer les biens et services nécessaires à la colonie. Selon eux, le règlement limite leur liberté de religion et contrevient à l’al. 2a) de la *Charte*, parce qu’il oblige les membres de la colonie à choisir entre obéir au deuxième commandement et rester fidèles à leur style de vie communautaire rural.

[31] Ma collègue, la juge Abella, souligne au par. 130 que « la liberté de religion comporte “des aspects à la fois individuels et collectifs” ». Elle affirme qu’« [e]n l’espèce, tant les aspects individuels que les aspects collectifs [. . .] sont en jeu. » Bien que je sois d’accord sur le fait que la liberté de religion comporte à la fois des aspects individuels et des aspects collectifs, il est important, selon moi, de bien expliquer la pertinence de ces aspects aux différentes étapes de l’analyse dans le présent dossier. L’incidence plus large de la photo obligatoire sur la colonie Wilson est pertinente à l’étape de la proportionnalité de l’analyse requise par l’article premier, plus particulièrement dans la pondération des effets préjudiciables et des effets bénéfiques du règlement contesté. Cette comparaison tient à juste titre compte de la mesure dans laquelle la mesure législative contestée nuit au bon fonctionnement de la communauté. L’incidence de la mesure sur la communauté ne transforme toutefois pas la demande fondamentale — la demande individuelle des plaignants en vue d’obtenir un permis sans photo — en revendication d’un droit collectif.

[32] Il est établi qu’une mesure contrevient à l’al. 2a) de la *Charte* lorsque : (1) le plaignant entretient une croyance ou se livre à une pratique sincères ayant un lien avec la religion; et que (2) la mesure contestée nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité du plaignant de se conformer à ses croyances religieuses : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, et *Multani*. Une atteinte « négligeable ou insignifiante » est une atteinte qui ne menace pas véritablement une croyance ou un comportement religieux. Voici ce que dit à cet égard le juge en chef Dickson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759 :

L’alinéa 2a) a pour objet d’assurer que la société ne s’ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui

one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial: see, on this point, *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per Wilson J.* at p. 314. [Emphasis added.]

[33] The Province concedes the first element of this s. 2(a) test, sincere belief in a belief or practice that has a nexus with religion. The chambers judge described the concession in the following terms:

The Attorney General does not dispute that the Applicants hold sincere religious beliefs that conflict with the requirement that those who obtain or renew an Alberta operator's licence must permit a digital photograph to be taken and that those beliefs are honestly held. [para. 6]

[34] The record does not disclose a concession on the second element of the test — whether the universal photo requirement interferes with Colony members' religious freedom in a manner that is more than trivial or insubstantial. In order for such a determination to be made, it would need to be shown that the claimants' "religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened" by the universal photo requirement: see *Edwards Books*, at p. 759. Evidence of a state-imposed cost or burden would not suffice; there would need to be evidence that such a burden was "capable of interfering with religious belief or practice": *Edwards Books*, at p. 759. In the present case, however, the courts below seem to have proceeded on the assumption that this requirement was met. Given this assumption, I will proceed to consider whether the limit is a reasonable one, demonstrably justified in a free and democratic society.

régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant : voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314. [Je souligne.]

[33] La province concède que le règlement répond au premier critère du test relatif à l'al. 2a), soit celui de la croyance ou de la pratique sincères ayant un lien avec la religion. Le juge en cabinet fait état de cette concession dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Le procureur général ne conteste pas que les requérants entretiennent des croyances religieuses sincères incompatibles avec la condition obligeant les personnes qui obtiennent ou renouvellent un permis de conduire en Alberta à consentir à la prise d'une photo numérique, et que ces croyances sont honnêtes. [par. 6]

[34] Par contre, le dossier ne révèle aucune concession en ce qui concerne le deuxième critère du test — la condition porte-t-elle atteinte à la liberté de religion des membres de la colonie d'une façon qui est plus que négligeable et insignifiante? Pareille atteinte ne sera établie que si la preuve démontre que les « croyances ou un comportement d'ordre religieux » du plaignant « pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés » par la photo obligatoire universelle : voir *Edwards Books*, p. 759. La preuve d'un coût ou fardeau imposé par l'État ne suffirait pas; il faut démontrer que ce fardeau est « susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse » : *Edwards Books*, p. 759. En l'espèce, toutefois, les juridictions inférieures semblent avoir tenu pour avéré que cette condition était remplie. Vu ce postulat, j'examinerai maintenant la question de savoir si la restriction en cause constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

(2) Is the Limit on the Section 2(a) Right Justified Under Section 1 of the Charter?

[35] This Court has recognized that a measure of leeway must be accorded to governments in determining whether limits on rights in public programs that regulate social and commercial interactions are justified under s. 1 of the *Charter*. Often, a particular problem or area of activity can reasonably be remedied or regulated in a variety of ways. The schemes are typically complex, and reflect a multitude of overlapping and conflicting interests and legislative concerns. They may involve the expenditure of government funds, or complex goals like reducing antisocial behaviour. The primary responsibility for making the difficult choices involved in public governance falls on the elected legislature and those it appoints to carry out its policies. Some of these choices may trench on constitutional rights.

[36] Freedom of religion presents a particular challenge in this respect because of the broad scope of the *Charter* guarantee. Much of the regulation of a modern state could be claimed by various individuals to have a more than trivial impact on a sincerely held religious belief. Giving effect to each of their religious claims could seriously undermine the universality of many regulatory programs, including the attempt to reduce abuse of driver's licences at issue here, to the overall detriment of the community.

[37] If the choice the legislature has made is challenged as unconstitutional, it falls to the courts to determine whether the choice falls within a range of reasonable alternatives. Section 1 of the *Charter* does not demand that the limit on the right be perfectly calibrated, judged in hindsight, but only that it be “reasonable” and “demonstrably justified”. Where a complex regulatory response to a social problem is challenged, courts will generally take a more deferential posture throughout the s. 1 analysis than they will when the impugned

(2) La restriction au droit garanti par l'al. 2(a) est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

[35] La Cour a reconnu qu'une certaine latitude doit être accordée aux gouvernements lorsqu'il s'agit de déterminer si les restrictions aux droits qui découlent de programmes publics réglementant les interactions sociales et commerciales sont justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Il existe souvent plusieurs solutions pour remédier raisonnablement à un problème ou réglementer un secteur d'activité. Les formules retenues sont généralement complexes et reflètent une multitude de considérations législatives et d'intérêts concurrentiels et contradictoires. Elles peuvent impliquer la dépense de fonds publics ou viser des objectifs complexes, comme la réduction de conduites antisociales. C'est à la législature élue et à ceux qu'elle désigne pour appliquer ses politiques qu'il incombe au premier chef de faire les choix difficiles liés à la gouvernance de l'État. Certains de ces choix peuvent empiéter sur les droits constitutionnels.

[36] À cet égard, la portée étendue de la liberté de religion garantie par la *Charte* représente un véritable défi. La plupart des règlements d'un État moderne pourraient être contestés par différentes personnes selon lesquelles ils auraient un effet plus que négligeable sur une croyance religieuse sincère. Donner suite à chacune de ces revendications religieuses pourrait nuire gravement à l'universalité de nombreux programmes réglementaires — dont celui en cause en l'espèce, qui vise à réduire l'utilisation des permis de conduire à mauvais escient — au détriment de l'ensemble de la population.

[37] Si la constitutionnalité de la mesure choisie par la législature est contestée, les tribunaux doivent déterminer si cette mesure se situe à l'intérieur de la gamme des mesures raisonnables qui s'offraient à elle. L'article premier de la *Charte* n'exige pas que la restriction au droit soit, en rétrospective, parfaitement équilibrée, mais seulement qu'elle soit « raisonnable » et que sa « justification puisse se démontrer ». Lorsqu'ils examinent une mesure réglementaire complexe visant à remédier à un problème social, comme c'est le cas en l'espèce, les

measure is a penal statute directly threatening the liberty of the accused. Courts recognize that the issue of identity theft is a social problem that has grown exponentially in terms of cost to the community since photo licences were introduced in Alberta in 1974, as reflected in the government's attempt to tighten the scheme when it discontinued the religious exemption in 2003. The bar of constitutionality must not be set so high that responsible, creative solutions to difficult problems would be threatened. A degree of deference is therefore appropriate: *Edwards Books*, at pp. 781-82, *per* Dickson C.J., and *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 43, *per* McLachlin C.J.

[38] With this in mind, I turn to the question of whether the limit on freedom of religion raised in this case has been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*.

(a) *Is the Limit Prescribed by Law?*

[39] Section 1 requires that before a proportionality analysis is undertaken, the court must satisfy itself that the measure is "prescribed by law". If a limit on a *Charter* right is not "prescribed by law" it cannot be justified under s. 1. Rather, it is a government act, attracting a remedy under s. 24 of the *Charter*. Regulations are measures "prescribed by law" under s. 1 of the *Charter*: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 981; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645.

[40] The majority of the Court of Appeal expressed concern that the challenged measure was adopted by regulation and therefore without

tribunaux font généralement preuve d'une plus grande retenue à toutes les étapes de l'analyse requise par l'article premier que lorsqu'ils apprécient la validité d'une loi pénale qui menace directement la liberté de l'accusé. Les tribunaux reconnaissent que la question du vol d'identité représente un problème social dont les coûts pour la communauté ont augmenté exponentiellement depuis que les permis avec photo ont été introduits en Alberta en 1974, comme en témoigne la tentative du gouvernement de rendre le système plus rigoureux par l'abolition, en 2003, de l'exemption fondée sur des motifs religieux. La norme de contrôle de la constitutionnalité ne doit pas être rigoureuse au point de faire obstacle à l'application de solutions responsables et créatives à des problèmes complexes. Une certaine déférence s'impose donc : *Edwards Books*, p. 781-782, le juge en chef Dickson, et *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 43, la juge en chef McLachlin.

[38] Cela dit, j'aborde maintenant la question de savoir si, en l'espèce, il a été démontré que la restriction à la liberté de religion est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

a) *La restriction est-elle prescrite par une règle de droit?*

[39] L'article premier exige que le tribunal soit convaincu, avant d'entamer l'analyse de la proportionnalité, que la mesure en cause est prescrite par une « règle de droit ». Si la restriction à un droit garanti par la *Charte* n'est pas prescrite par une « règle de droit », elle ne peut être justifiée au sens de l'article premier. Il s'agira alors plutôt d'une mesure gouvernementale donnant lieu à la réparation prévue à l'art. 24 de la *Charte*. Les règlements sont des mesures prescrites pas une « règle de droit » pour l'application de l'article premier de la *Charte* : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 981; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 645.

[40] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont trouvé préoccupant que la mesure contestée ait été prise par voie de règlement et, par conséquent,

any legislative debate, pursuant to an Act with very different objectives. The respondents take this position much further and advance a general proposition that *Charter*-infringing measures may only be adopted by primary legislation. Concern about overextension of regulatory authority is understandable. Governments should not be free to use a broad delegated authority to transform a limited-purpose licensing scheme into a *de facto* universal identification system beyond the reach of legislative oversight. However, that is not what has happened here. A photo requirement has been an accepted part of the motor vehicle licensing scheme for decades. It is not a stand-alone identification divorced from the public-safety purpose of the authorizing legislation. Moreover, hostility to the regulation-making process is out of step with this Court's jurisprudence and with the realities of the modern regulatory state: see *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 71; D. J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text and Materials* (5th ed. 2003), at p. 948. Regulations, passed by Order in Council and applied in accordance with the principles of administrative law and subject to challenge for constitutionality, are the life blood of the administrative state and do not imperil the rule of law. Whether the impugned measure was passed into law by statute or regulation is usually of no consequence for the s. 1 analysis.

(b) *Is the Purpose for Which the Limit Is Imposed Pressing and Substantial?*

[41] The chambers judge defined the government's objective in imposing a universal photo requirement as being "to prevent identity theft or fraud and the various forms of mischief which identity theft may facilitate, and . . . the harmonization of international and interprovincial standards for photo identification" (para. 10). This objective is part of the larger goal of ensuring the integrity

sans débat législatif, en application d'une loi qui vise des objectifs très différents. Les intimées vont beaucoup plus loin et défendent la thèse générale voulant que les mesures qui enfreignent la *Charte* doivent obligatoirement être édictées dans une loi. On peut comprendre ces préoccupations quant à la portée excessive du pouvoir de réglementation. Les gouvernements ne devraient pas être libres d'utiliser leur pouvoir délégué pour transformer *de facto* un système de délivrance des permis établi à des fins limitées en un système universel d'identification qui échapperait au contrôle de la législature. Ce n'est toutefois pas ce qui s'est produit en l'espèce. La photo obligatoire est considérée comme une partie intégrante du système de délivrance des permis de conduire depuis des dizaines d'années. Il ne s'agit pas d'une pièce d'identité qui n'aurait aucun lien avec l'objectif de sécurité publique visé par la loi habilitante. De plus, pareille réticence envers le processus réglementaire est en discordance avec la jurisprudence de la Cour et les réalités de l'exercice du pouvoir réglementaire d'un État moderne : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 71; D. J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text and Materials* (5^e éd. 2003), p. 948. Les règlements, qui sont pris par décret et appliqués conformément aux principes du droit administratif, et dont la constitutionnalité peut être contestée, constituent l'élément vital de l'État administratif et ne compromettent aucunement le principe de la primauté du droit. Il n'importe généralement pas dans le cadre de l'analyse requise par l'article premier que la mesure contestée ait été édictée dans une loi ou dans un règlement.

b) *L'objectif que vise la restriction est-il urgent et réel?*

[41] Le juge en cabinet a indiqué que l'objectif que le gouvernement visait en universalisant la photo obligatoire était [TRADUCTION] « d'empêcher le vol d'identité et la fraude, ainsi que les divers méfaits que le vol d'identité peut faciliter, et [. . .] l'harmonisation des normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification » (par. 10). Cet objectif s'inscrit dans l'objectif général qui

of the system for licensing drivers. As Slatter J.A. explained:

Driver's licences are an important part of the overall regulation of traffic safety. They have become a near universal form of identification. The integrity and reliability of the driver's licence system benefits all Albertans who require, on a routine basis, proof of their identity. The presence of photographs is an important part of the integrity of the system. There unfortunately are significantly large groups of people who seek to exploit the identities of others for financial or other purposes. The overall cost of the activities of this group are very large, and the [Province] (and all Albertans) have an obligation to do whatever they can to minimize the opportunities for identity theft. Photographs on driver's licences will not eliminate all misuse, and the value of the savings that will result are hard to measure. They are likely however to be significant. [para. 127]

[42] Maintaining the integrity of the driver's licensing system in a way that minimizes the risk of identity theft is clearly a goal of pressing and substantial importance, capable of justifying limits on rights. The purpose of a universal photo requirement is to have a complete digital data bank of facial photos to prevent wrongdoers from using driver's licences as breeder documents for purposes of identity theft. As discussed above (para. 10), the requirement permits the system to ensure that each licence in the system is connected to a single individual, and that no individual has more than one licence.

[43] The chambers judge found that the universal photo requirement was also aimed at harmonization of international and interprovincial standards for photo identification. The evidence supports the Province's contention that other provinces and nations are moving toward harmonization, and that a feature of this harmonization is likely to be a universal photo requirement for all licence holders. While the fact that other provinces have not yet moved to this requirement arguably undercuts the position that a universal photo requirement is necessary in Alberta now, governments are entitled to act in the present with a view to future developments.

consiste à assurer l'intégrité du système de délivrance de permis de conduire. Comme l'a expliqué le juge Slatter :

[TRADUCTION] Le permis de conduire constitue un élément important de l'ensemble de la réglementation en matière de sécurité routière. Il est devenu une pièce d'identité quasi universelle. L'intégrité et la fiabilité du système de délivrance des permis de conduire servent les intérêts de tous les Albertains qui doivent régulièrement prouver leur identité. Les photos jouent un rôle important dans l'intégrité du système. Malheureusement, un nombre passablement important d'individus tentent d'exploiter l'identité d'autres personnes à des fins financières ou autres. Le coût global des activités de ces individus est très élevé et la [province] (et tous les Albertains) sont tenus de faire tout ce qu'ils peuvent pour réduire au minimum les risques de vol d'identité. L'exigence d'une photo sur le permis n'éliminera pas toutes les utilisations abusives possibles et il est difficile d'évaluer les économies qui seront réalisées, mais elles seront vraisemblablement importantes. [par. 127]

[42] Préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire d'une façon qui réduit au minimum le risque de vol d'identité est manifestement un objectif urgent et réel susceptible de justifier des restrictions aux droits. La photo obligatoire universelle vise à permettre la constitution d'une banque de photos numériques complète afin d'empêcher les malfaiteurs d'utiliser les permis de conduire comme documents sources pour le vol d'identité. Comme je l'ai déjà mentionné (par. 10), grâce à la photo obligatoire, le système garantit que chaque permis correspond à une seule personne et que personne ne détient plus d'un permis.

[43] Le juge en cabinet a conclu que l'universalisation de la photo obligatoire visait également à harmoniser les normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification. La preuve étaye l'argument de la province selon lequel les autres provinces et nations tendent vers une harmonisation de leurs systèmes et que la photo obligatoire universelle pour tous les titulaires de permis constituera vraisemblablement l'un des éléments de cette harmonisation. Certains pourraient invoquer le fait que d'autres provinces n'ont pas encore universalisé la photo obligatoire pour nier la nécessité de cette mesure en Alberta maintenant, mais

Accordingly, harmonization may be considered as a factor relevant to the Province's goal of ensuring the integrity of the licensing system by reducing identity theft associated with the system.

[44] The majority of the Court of Appeal suggested that the goal of the universal photo requirement should be confined to purposes related to traffic safety, since that was the subject of the authorizing Act. However, government regulations may deal both with the primary goal of an enabling law and with collateral concerns resulting from measures adopted to achieve this goal. As Slatter J.A. put it, "[i]t is the height of formality to suggest that the prevention of the misuse of a driver's licence is not one of the purposes of the *Traffic Safety Act*. Provisions that attempt to prevent the misuse or abuse of an enactment are well within the objectives of the enactment" (para. 90).

[45] In this case, the government's primary goal is traffic safety, as denoted by the title of the Act. To further this goal, the Act puts in place a system of licensing drivers. A collateral effect of the licensing system is that the driver's licences issued under this system have become generalized identification documents, with the attendant risk that they might be misused for identity theft and the various mischiefs that flow from identity theft. The Province was entitled to pass regulations dealing not only with the primary matter of highway safety, but with collateral problems associated with the licensing system. It was therefore entitled to adopt a regulation requiring photos of all drivers to be held in a digital photo bank, thereby minimizing the risk of identity theft to the extent possible.

[46] Finally, as explained above, the fact that the specific objectives of the impugned regulation were not debated or ratified by the legislature does not render them invalid for the purposes of s. 1. If a regulation is validly enacted pursuant to delegated

les gouvernements sont autorisés à agir immédiatement en prévision de l'avenir. Par conséquent, l'harmonisation peut être considérée comme un facteur pertinent quant à l'objectif de la province d'assurer l'intégrité du système de délivrance des permis en réduisant le vol d'identité associé à ce système.

[44] Selon la majorité de la Cour d'appel, l'universalité de la photo obligatoire ne peut viser d'autre fin que celles liées à la sécurité routière, puisque tel est l'objet de la loi habilitante. Toutefois, les règlements gouvernementaux peuvent se rapporter à la fois à l'objectif premier de la loi habilitante et aux considérations accessoires qui découlent des mesures adoptées pour atteindre cet objectif. Comme l'a dit le juge Slatter, [TRADUCTION] « [c]'est le summum de la formalité que d'affirmer qu'empêcher l'utilisation d'un permis de conduire à mauvais escient ne fait pas partie des objectifs de la *Traffic Safety Act*. Les dispositions qui visent à empêcher l'utilisation abusive ou à mauvais escient d'un texte législatif entrent parfaitement dans les objectifs du texte législatif » (par. 90).

[45] En l'espèce, le principal objectif du gouvernement est la sécurité routière, comme l'indique le titre de la loi. Pour réaliser cet objectif, la loi instaure un système de délivrance des permis de conduire. Ce système a mené indirectement à l'utilisation généralisée des permis comme pièces d'identité, d'où le risque qu'ils soient utilisés à mauvais escient pour la perpétration de vols d'identité et de différents types de méfaits qui en découlent. La province avait le droit de prendre un règlement concernant non seulement la question principale de la sécurité routière, mais aussi les problèmes connexes associés au système de délivrance des permis. Elle pouvait donc prendre un règlement exigeant qu'une photo numérique de tous les titulaires de permis de conduire soit conservée dans une banque de données, réduisant ainsi au minimum le risque de vol d'identité, dans la mesure où cela est possible.

[46] Enfin, comme je l'ai déjà expliqué, le fait que les objectifs précis du règlement contesté n'aient pas été débattus ou ratifiés par la législature ne porte pas atteinte à leur validité au regard de l'article premier. Si un règlement est valablement pris en vertu

legislative authority, its objective can properly be evaluated under the test established in *Oakes*.

[47] I conclude that the Province has established that the goal of ensuring the integrity of the driver's licensing system so as to minimize identity theft associated with that system is pressing and substantial. Having established that the limit on the right is a measure "prescribed by law" and that the asserted purpose of the limit is pressing and substantial, the remaining issue is whether the limit is proportionate, in the sense that it is rationally connected to the goal, limits the right as little as reasonably necessary, and is proportionate in its effects.

(c) *Is the Means by Which the Goal Is Furthered Proportionate?*

(i) Is the Limit Rationally Connected to the Purpose?

[48] At this stage, the Province must show that the universal photo requirement is rationally connected to the goal of preserving the integrity of the driver's licensing system by minimizing the risk of identity theft through the illicit use of driver's licences. To establish a rational connection, the government "must show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153. The rational connection requirement is aimed at preventing limits being imposed on rights arbitrarily. The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so.

[49] The government argues that a universal system of photo identification for drivers will be more effective in preventing identity theft than a system that grants exemptions to people who object to photos being taken on religious grounds. The affidavit evidence filed by the government supports this view.

d'un pouvoir de législation déléguée, son objectif peut à juste titre être évalué selon le test énoncé dans *Oakes*.

[47] Je conclus que la province a prouvé que l'objectif d'assurer l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire de façon à réduire au minimum les vols d'identité associés à ce système est urgent et réel. Après avoir établi que la restriction au droit est une mesure prescrite par une « règle de droit » et que son objectif déclaré est urgent et réel, il reste à déterminer si cette restriction est proportionnée, en ce sens qu'elle a un lien rationnel avec l'objectif, qu'elle porte aussi peu atteinte au droit qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire et qu'elle est proportionnée quant à ses effets.

c) *Le moyen choisi pour atteindre l'objectif est-il proportionné?*

(i) La restriction a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif?

[48] À ce stade, la province doit démontrer que l'universalisation de la photo obligatoire a un lien rationnel avec l'objectif de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire en réduisant au minimum le risque de vol d'identité associé à l'utilisation illicite des permis. Pour prouver l'existence d'un lien rationnel, le gouvernement doit « établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l'avantage recherché » : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153. L'exigence du lien rationnel vise à empêcher l'imposition arbitraire de restrictions aux droits. Le gouvernement doit démontrer qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement.

[49] Le gouvernement soutient que le système universel de photo-identification des conducteurs sera plus efficace pour empêcher le vol d'identité qu'un système assorti d'exemptions pour les personnes qui objectent des motifs religieux à leur obligation de se faire photographier. L'affidavit que le gouvernement a déposé en preuve appuie ce point de vue.

[50] Alberta's evidence demonstrates the ways in which the existence of an exemption from the photo requirement would increase the vulnerability of the licensing system and the risk of identity-related fraud. As Mr. Joseph Mark Pendleton, Director of the Special Investigations Unit of the Alberta Ministry of Government Services, put it in his affidavit supporting Alberta's position, "[o]pportunities for fraud are as numerous as criminals are clever and resourceful". The existence of non-photo licences in the system raises the possibility that a person could hold multiple licences in different names, as long as no more than one of them was a regular photographic licence. As stated by Alberta, "each licensee whose photo is not entered in our database creates an opportunity for impersonation by wrongdoers, because that person's licence can be renewed or replaced by a wrongdoer without being detected by [facial recognition]". A non-photo licence can be obtained and used to obtain credit or enter into other commercial relationships to the detriment of the other parties to the transactions. Without the photographs of all licence holders in the photo identification bank, the assurance of a one-to-one correspondence between individuals and issued licences is lost, and the possibility of driver's licence-based fraud would be increased.

[51] The majority of the Alberta Court of Appeal, while deciding the case on the basis of minimum impairment, expressed doubt on whether the universal photo requirement for all holders of driver's licences is rationally connected to the goal of preserving the integrity and security of the driver's licensing system. Conrad J.A. pointed out that many Albertans do not hold driver's licences and concluded that the risk flowing from exempting a few hundred Hutterites from the requirement was "minimal". These concerns confuse rational connection with proportionality of negative and positive effects of the measure. The issue at the stage of rational connection is simply whether there is a rational link between the infringing measure and the government goal. The balance between positive and negative effects of the measure

[50] La preuve produite par l'Alberta démontre comment l'existence d'une exemption accroîtrait la vulnérabilité du système et le risque de fraude associée à l'identité. Comme le dit M. Joseph Mark Pendleton, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales du ministère des Services gouvernementaux de l'Alberta, dans son affidavit à l'appui de la thèse de la province, les [TRADUCTION] « occasions de fraude sont aussi nombreuses que les criminels sont habiles et ingénieux ». L'existence de permis sans photo dans le système rend possible la détention par une seule personne de plusieurs permis sous des noms différents, dans la mesure où un seul permis comporte une photo. Comme l'a déclaré la province, [TRADUCTION] « chaque titulaire de permis dont la photo n'est pas versée dans notre banque de données rend l'usurpation d'identité possible, parce qu'un malfaiteur peut renouveler ou remplacer le permis sans que le logiciel [de reconnaissance faciale] le détecte ». Il est possible de se procurer un permis sans photo et de l'utiliser pour obtenir du crédit ou établir toute relation commerciale au détriment des autres parties aux opérations. Si la banque de données servant à la photo-identification ne contient pas la photo de tous les titulaires de permis, il n'est plus possible de s'assurer que chaque permis correspond à une seule personne, et vice-versa, d'où l'accroissement du risque de fraude perpétrée à l'aide des permis de conduire.

[51] Même s'ils ont tranché l'affaire en fonction de l'atteinte minimale, les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont exprimé des doutes quant à l'existence d'un lien rationnel entre l'universalité de la photo obligatoire pour tous les titulaires de permis et l'objectif de préserver l'intégrité et la sécurité du système. Le juge Conrad a souligné que de nombreux Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et conclu que le risque découlant de l'octroi d'une exemption à quelques centaines d'hutterites était « minime ». Ces préoccupations confondent le lien rationnel et la proportionnalité des effets négatifs et positifs de la mesure. À l'étape du lien rationnel, la question est simplement de savoir s'il existe un lien rationnel entre la mesure contestée et l'objectif gouvernemental. L'équilibre entre les effets positifs et négatifs de la mesure n'est examiné

falls to be considered at the final stage of the s. 1 analysis.

[52] I conclude that the Province has established that the universal photo requirement is rationally related to its goal of protecting the integrity of the driver's licensing system and preventing it from being used for purposes of identity theft.

(ii) Does the Limit Minimally Impair the Right?

[53] The question at this stage of the s. 1 proportionality analysis is whether the limit on the right is reasonably tailored to the pressing and substantial goal put forward to justify the limit. Another way of putting this question is to ask whether there are less harmful means of achieving the legislative goal. In making this assessment, the courts accord the legislature a measure of deference, particularly on complex social issues where the legislature may be better positioned than the courts to choose among a range of alternatives.

[54] In *RJR-MacDonald*, the minimal impairment analysis was explained as follows, at para. 160:

As the second step in the proportionality analysis, the government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail. [Emphasis added; citations omitted.]

In this manner, the legislative goal, which has been found to be pressing and substantial, grounds the minimum impairment analysis. As Aharon Barak,

qu'à la dernière étape de l'analyse requise par l'article premier.

[52] Je conclus que la province a établi que la photo obligatoire universelle a un lien rationnel avec son objectif de protéger l'intégrité du système des délivrance de permis et d'empêcher qu'il soit utilisé pour la perpétration de vols d'identité.

(ii) La restriction porte-elle le moins possible atteinte au droit?

[53] La question qui se pose à ce stade de l'analyse de la proportionnalité requise par l'article premier est celle de savoir si la restriction au droit est raisonnablement bien adaptée à l'objectif urgent et réel invoqué pour la justifier. Autrement dit, existe-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif législatif? Dans cette évaluation, les tribunaux font preuve d'une certaine déférence à l'égard de la législature, surtout en ce qui concerne les questions sociales complexes où la législature est peut-être mieux placée que les tribunaux pour choisir parmi une gamme de mesures.

[54] Dans *RJR-MacDonald*, l'analyse de l'atteinte minimale a été expliquée de la façon suivante au par. 160 :

À la deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide. [Je souligne; citations omises.]

L'objectif législatif, dont le caractère urgent et réel a été établi, sert donc de fondement à l'analyse de l'atteinte minimale. Comme le dit Aharon

former President of the Supreme Court of Israel, puts it, “the rational connection test and the least harmful measure [minimum impairment] test are essentially determined against the background of the proper objective, and are derived from the need to realize it”: “Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 374. President Barak describes this as the “internal limitation” in the minimum impairment test, which “prevents it [standing alone] from granting proper protection to human rights” (p. 373). The internal limitation arises from the fact that the minimum impairment test requires only that the government choose the least drastic means *of achieving its objective*. Less drastic means which do not actually achieve the government’s objective are not considered at this stage.

[55] I hasten to add that in considering whether the government’s objective could be achieved by other less drastic means, the court need not be satisfied that the alternative would satisfy the objective to *exactly* the same extent or degree as the impugned measure. In other words, the court should not accept an unrealistically exacting or precise formulation of the government’s objective which would effectively immunize the law from scrutiny at the minimal impairment stage. The requirement for an “equally effective” alternative measure in the passage from *RJR-MacDonald*, quoted above, should not be taken to an impractical extreme. It includes alternative measures that give sufficient protection, in all the circumstances, to the government’s goal: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350. While the government is entitled to deference in formulating its objective, that deference is not blind or absolute. The test at the minimum impairment stage is whether there is an alternative, less drastic means of achieving the objective in a real and substantial manner. As I will explain, in my view the record in this case discloses no such alternative.

[56] The purpose of the limit in this case, I earlier concluded, is to maintain the integrity of the

Barak, ancien président de la Cour suprême d’Israël, [TRADUCTION] « le critère du lien rationnel et celui de la mesure la moins attentatoire [atteinte minimale] sont essentiellement considérés dans le contexte de l’objectif approprié et reposent sur la nécessité de l’atteindre » : « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 374. Le président Barak y voit une « limite interne » du critère de l’atteinte minimale qui « l’empêche [en soi] de protéger adéquatement les droits de la personne » (p. 373). La limite interne découle du fait que le critère de l’atteinte minimale exige seulement que le gouvernement choisisse le moyen le moins attentatoire *d’atteindre son objectif*. Les moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade.

[55] Je m’empresse de préciser que, pour déterminer s’il existe des moyens moins radicaux d’atteindre l’objectif gouvernemental, le tribunal n’a pas à être convaincu que la solution de rechange permettrait d’atteindre l’objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée. En d’autres mots, le tribunal ne doit pas accepter une formulation de l’objectif gouvernemental d’une rigueur ou d’une précision irréalistes qui soustrairait en fait la mesure législative à tout examen à l’étape de l’atteinte minimale. L’obligation de choisir une mesure « tout aussi efficace » mentionnée dans le passage précité de *RJR-MacDonald* ne doit pas être poussée à l’extrême jusqu’à devenir irréalisable. Ce type de mesure inclut les solutions de rechange qui protègent suffisamment l’objectif du gouvernement, compte tenu de toutes les circonstances : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350. Bien que le gouvernement ait droit à une certaine déférence à l’égard de la formulation de son objectif, cette déférence n’est ni aveugle ni absolue. Le critère de l’atteinte minimale consiste à se demander s’il existe un autre moyen moins attentatoire d’atteindre l’objectif de façon réelle et substantielle. Comme je l’explique plus loin, j’estime que le dossier en l’espèce ne présente aucune solution de rechange de cette nature.

[56] La restriction en l’espèce a pour objectif, comme je l’ai déjà conclu, de préserver l’intégrité

driver's licensing system by minimizing the risk of driver's licences being used for purposes of identity theft, so as to prevent fraud and various other misuses of the system. The regulation is part of a complex regulatory scheme and is aimed at an emerging and challenging problem. The question, therefore, is whether the means chosen to further its purpose — the universal photo requirement for all licensed drivers — is reasonably tailored to address the problem of identity theft associated with driver's licences.

[57] The Province proposes alternatives which maintain the universal photo requirement, but minimize its impact on Colony members by eliminating or alleviating the need for them to carry photos. This would permit the Province to achieve its goal of a maximally efficient photo recognition system to combat fraud associated with driver's licences, while reducing the impact on the members' s. 2(a) rights.

[58] However, the Hutterian claimants reject these proposals. For them, the only acceptable measure is one that entirely removes the limit on their s. 2(a) rights. They object to any photo being taken and held in a photo data bank. For them, the only alternative is a driver's licence issued without a photo, stamped with the words, "Not to be used for identification purposes".

[59] The problem with the claimants' proposal in the context of the minimum impairment inquiry is that it compromises the Province's goal of minimizing the risk of misuse of driver's licences for identity theft. The stamp "Not to be used for identification purposes" might prevent a person who comes into physical possession of such a licence from using it as a breeder document, but it would not prevent a person from assuming the identity of the licence holder and producing a fake document,

du système de délivrance des permis de conduire en réduisant au minimum le risque qu'ils soient utilisés pour la perpétration de vols d'identité, ce qui devrait prévenir la fraude et toute autre utilisation du système à mauvais escient. Le règlement fait partie d'un régime législatif complexe et il est conçu pour s'attaquer à un problème croissant et difficile à résoudre. La question est donc de savoir si le moyen choisi pour la réalisation de cet objectif — la photo obligatoire universelle pour les titulaires de permis de conduire — est raisonnablement adapté à la lutte contre le vol d'identité associé au permis de conduire.

[57] La province propose d'autres solutions qui, si elles incluent toujours la photo obligatoire universelle, en réduisent l'incidence sur les membres de la colonie en éliminant ou en atténuant leur obligation d'être munis d'une photo. Ces solutions permettraient à la province à la fois d'atteindre son objectif, c'est-à-dire d'assurer l'efficacité maximale du système de reconnaissance photographique de lutte contre la fraude associée au permis de conduire, et de réduire les répercussions de ce système sur les droits garantis aux membres de la colonie par l'al. 2a).

[58] Cependant, les plaignants huttérites rejettent ces propositions. À leurs yeux, seule une mesure de rechange qui éliminerait entièrement la restriction apportée à leurs droits garantis par l'al. 2a) serait acceptable. Ils n'acceptent pas de se laisser photographier et que leur photo soit conservée dans une banque de données. Selon eux, la seule solution réside dans la délivrance d'un permis de conduire sans photo sur lequel serait apposée la mention « Non valide comme pièce d'identité ».

[59] La proposition des plaignants pose problème dans le contexte de l'analyse de l'atteinte minimale parce qu'elle compromet l'objectif de la province de réduire au minimum le risque que les permis soient utilisés à mauvais escient pour la perpétration de vols d'identité. La mention « Non valide comme pièce d'identité » peut empêcher toute personne qui se retrouve en possession d'un permis de l'utiliser comme document source, mais n'empêcherait pas quelqu'un de présumer de l'identité du titulaire du

which could not be checked in the absence of a photo in the data bank. As Slatter J.A. pointed out, without the photo in the bank, the bank is neutralized and the risk that the identity of the holder can be stolen and used for fraudulent purposes is increased. The only way to reduce that risk as much as possible is through a universal photo requirement. The claimants' argument that the reduction in risk would be low, since few people are likely to request exemption from the photo requirement, assumes that some increase in risk and impairment of the government goal may occur, and hence does not assist at the stage of minimal impairment.

[60] The claimants' proposal, instead of asking what is minimally required to realize the legislative goal, asks the government to significantly compromise it. An exemption for an unspecified number of religious objectors would mean that the one-to-one correspondence between issued licences and photos in the data bank would be lost. As shown by the Province, this disparity could well be exploited by wrongdoers. Contrary to the suggestion of LeBel J. (para. 201), the evidence discloses no alternative measures which would substantially satisfy the government's objective while allowing the claimants to avoid being photographed. In short, the alternative proposed by the claimants would *significantly* compromise the government's objective and is therefore not appropriate for consideration at the minimal impairment stage.

[61] This is not to suggest the Colony members are acting improperly. Freedom of religion cases may often present this "all or nothing" dilemma. Compromising religious beliefs is something adherents may understandably be unwilling to do. And governments may find it difficult to tailor laws to the myriad ways in which they may trench on different people's religious beliefs and practices. The result may be that the justification of a limit on the right falls to be decided not at the point of minimal impairment, which proceeds on the assumption the state goal is valid, but at the stage of proportionality

permis et de fabriquer un faux document qu'il serait impossible de vérifier sans photo dans la banque de données. Comme l'a souligné le juge Slatter, sans la photo, la banque est neutralisée, d'où l'accroissement du risque que l'identité du titulaire soit volée et utilisée à des fins frauduleuses. Le seul moyen de réduire le plus possible ce risque est la photo obligatoire universelle. L'argument des plaignants, selon lequel la diminution du risque serait minime parce que peu de gens sont susceptibles de demander à être exemptés de cette condition, tient pour acquise la possibilité que le risque augmente et que l'objectif du gouvernement soit compromis, de sorte qu'il n'est d'aucune utilité à l'étape de l'atteinte minimale.

[60] Par leur proposition, les plaignants ne se demandent pas ce qui est minimalement requis pour atteindre l'objectif législatif, mais demandent plutôt au gouvernement de transiger grandement sur cet objectif. Une exemption applicable à un nombre indéterminé d'opposants invoquant des motifs religieux signifierait qu'il ne serait plus possible d'apparier chaque permis avec une photo de la banque de données. Comme l'a démontré la province, les malfaiteurs pourraient fort bien profiter de cette disparité. Contrairement à ce que laisse entendre le juge LeBel (par. 201), la preuve ne révèle aucune solution de rechange qui servirait substantiellement l'objectif du gouvernement tout en permettant aux plaignants de ne pas se faire photographier. Bref, la solution de rechange proposée par les plaignants compromettrait *grandement* l'objectif gouvernemental. Il ne convient donc pas d'en tenir compte à l'étape de l'atteinte minimale.

[61] Il ne faudrait pas en déduire que les membres de la colonie n'agissent pas correctement. En matière de liberté de religion, les litiges peuvent souvent comporter ce type de dilemme auquel il n'existe pas de solution intermédiaire. Il est naturel que les fidèles ne soient pas prêts à transiger sur leurs croyances religieuses. Par ailleurs, il peut être difficile pour les gouvernements d'adapter une mesure législative en fonction des innombrables façons dont elle peut porter atteinte aux croyances et pratiques religieuses de chacun. Il est donc possible que la question de la justification d'une restriction au droit soit tranchée

of effects, which is concerned about balancing the benefits of the measure against its negative effects.

[62] I conclude that the universal photo requirement minimally impairs the s. 2(a) right. It falls within a range of reasonable options available to address the goal of preserving the integrity of the driver's licensing system. All other options would significantly increase the risk of identity theft using driver's licences. The measure seeks to realize the legislative goal in a minimally intrusive way.

[63] Much has been made of the fact that over 700,000 Albertans do not hold driver's licences. The argument is that the risk posed by a few hundred potential religious objectors is minuscule as compared to the much larger group of unlicensed persons. This argument is accepted by the dissent. In my view, it rests on an overly broad view of the objective of the driver's licence photo requirement as being to eliminate all identity theft in the province. Casting the government objective in these broad terms, my colleague Abella J. argues that the risk posed by a few religious dissenters is minimal, when compared to the general risk posed by unlicensed persons. But with respect, that is the wrong comparison. We must take the government's goal as it is. It is not the broad goal of eliminating all identity theft, but the more modest goal of maintaining the integrity of the driver's licensing system so as to minimize identity theft *associated with that system*. The question is whether, within that system, any exemptions, including for religious reasons, pose real risk to the integrity of the licensing system.

non pas à l'étape de l'atteinte minimale, qui part du principe que l'objectif de l'État est valide, mais à celle de la proportionnalité des effets, qui consiste à pondérer les effets bénéfiques de la mesure et ses effets négatifs.

[62] Je conclus que l'universalisation de la photo obligatoire constitue une atteinte minimale au droit garanti par l'al. 2a). Elle se situe à l'intérieur de la gamme des mesures raisonnables susceptibles de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire. Toutes les autres solutions accroîtraient grandement le risque de vol d'identité associé aux permis de conduire. La mesure contestée vise la réalisation de l'objectif législatif par le moyen le moins attentatoire possible.

[63] On a fait grand cas du fait que 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire. On a plaidé que le risque causé par quelques centaines de personnes objectant des motifs religieux est minuscule en comparaison du nombre bien supérieur de personnes qui ne sont pas titulaires d'un permis. La dissidence retient cet argument. Or, selon moi, il repose sur une perception beaucoup trop large de l'objectif de la photo obligatoire pour l'obtention d'un permis de conduire, selon laquelle cette mesure a pour objet d'éliminer complètement les vols d'identité dans la province. Énonçant l'objectif du gouvernement en ces termes qui lui confèrent une grande portée, ma collègue la juge Abella affirme que quelques dissidents invoquant des motifs religieux créent un risque minime par rapport à celui que représentent les personnes sans permis. J'estime, avec égard, que cette comparaison ne tient pas. Nous devons considérer l'objectif du gouvernement tel qu'il est. Il ne s'agit pas de l'objectif très vaste d'éliminer complètement le vol d'identité, mais de l'objectif plus modeste de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire de façon à réduire au minimum le vol d'identité *associé à ce système*. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si, à l'intérieur de ce système, l'octroi d'exemptions, fondées notamment sur des motifs d'ordre religieux, représente véritablement un risque pour l'intégrité du système de délivrance des permis.

[64] The implication of Justice Abella's reasoning is that because the province tolerates the identity theft risk posed by unlicensed Albertans, it must therefore tolerate the risk associated with non-photographed licensees. On this logic, the province would be required to take the more radical approach of requiring photographic identification for every Albertan, which would directly contravene the respondents' religious beliefs, before it could rely upon a security risk argument in the context of the narrower driver's licensing program. In my opinion, the province has a legitimate interest in ensuring the integrity of its driver's licensing system and guarding against the risk that it will be used to perpetrate fraud. In order to accomplish this goal, it should not be forced to undertake broader measures that it might have resisted for other policy reasons.

[65] The courts below approached minimum impairment in a different fashion. First, they conducted the balancing inquiry at the stage of minimal impairment. Second, drawing on this Court's decision in *Multani*, the courts below applied a reasonable accommodation analysis instead of the *Oakes* test.

[66] In my view, a distinction must be maintained between the reasonable accommodation analysis undertaken when applying human rights laws, and the s. 1 justification analysis that applies to a claim that a law infringes the *Charter*. Where the validity of a law is at stake, the appropriate approach is a s. 1 *Oakes* analysis. Under this analysis, the issue at the stage of minimum impairment is whether the goal of the measure could be accomplished in a less infringing manner. The balancing of effects takes place at the third and final stage of the proportionality test. If the government establishes justification under the *Oakes* test, the law is constitutional. If not, the law is null and void under s. 52 insofar as it is inconsistent with the *Charter*.

[64] Le raisonnement de ma collègue la juge Abella sous-entend que, parce qu'elle tolère déjà le risque créé par les Albertains qui ne détiennent pas un permis, la province devrait tolérer le risque associé aux titulaires de permis sans photo. Selon cette logique, la province devrait emprunter une voie plus radicale et exiger que chaque Albertain soit photographié à des fins d'identification — ce qui porterait directement atteinte aux croyances religieuses des intimées — avant de pouvoir invoquer un risque pour la sécurité dans le contexte plus restreint de la délivrance des permis de conduire. Selon moi, il est légitime pour la province de chercher à préserver l'intégrité de son système de délivrance des permis de conduire et à se prémunir contre le risque qu'il soit utilisé à des fins frauduleuses. Elle ne devrait pas être contrainte, pour réaliser cet objectif, de prendre des mesures plus étendues qu'elle peut avoir exclues pour d'autres considérations de principe.

[65] Les juridictions inférieures ont abordé différemment la question de l'atteinte minimale. Premièrement, elles ont procédé à la pondération des effets à l'étape de l'atteinte minimale. Deuxièmement, elle n'ont pas appliqué le test établi dans *Oakes*, mais se sont inspirées de la décision de notre Cour dans *Multani* pour procéder plutôt à une analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable.

[66] À mon avis, il faut maintenir la distinction entre l'analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable pour l'application de la législation sur les droits de la personne et la justification en application de l'article premier d'une mesure législative contraire à la *Charte*. Quand la validité d'une mesure législative est en cause, il faut procéder à l'analyse requise par l'article premier décrite dans *Oakes*. À l'étape de l'atteinte minimale, cette méthode d'analyse veut que l'on détermine s'il est possible de concevoir une manière moins attentatoire d'atteindre l'objectif. La pondération des effets n'a lieu qu'à la troisième et dernière étape du critère de la proportionnalité. Si le gouvernement réussit à justifier la mesure législative selon le test établi dans *Oakes*, cette mesure est constitutionnelle. Sinon, elle est inopérante, par application de l'art. 52, dans la mesure où elle est incompatible avec la *Charte*.

[67] A different analysis applies where a government *action* or administrative *practice* is alleged to violate the claimant's *Charter* rights. If a *Charter* violation is found, the court's remedial jurisdiction lies not under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* but under s. 24(1) of the *Charter*: *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 61. In such cases, the jurisprudence on the duty to accommodate, which applies to governments and private parties alike, may be helpful "to explain the burden resulting from the minimal impairment test with respect to a particular individual" (emphasis added): *Multani*, at para. 53, *per* Charron J.

[68] Minimal impairment and reasonable accommodation are conceptually distinct. Reasonable accommodation is a concept drawn from human rights statutes and jurisprudence. It envisions a dynamic process whereby the parties — most commonly an employer and employee — adjust the terms of their relationship in conformity with the requirements of human rights legislation, up to the point at which accommodation would mean undue hardship for the accommodating party. In *Multani*, Deschamps and Abella JJ. explained:

The process required by the duty of reasonable accommodation takes into account the specific details of the circumstances of the parties and allows for dialogue between them. This dialogue enables them to reconcile their positions and find common ground tailored to their own needs. [para. 131]

[69] A very different kind of relationship exists between a legislature and the people subject to its laws. By their very nature, laws of general application are not tailored to the unique needs of individual claimants. The legislature has no capacity or legal obligation to engage in such an individualized determination, and in many cases would have no advance notice of a law's potential to infringe *Charter* rights. It cannot be expected to tailor a law to every possible future contingency, or every sincerely held religious belief. Laws of general application affect the general public, not just the claimants

[67] Une analyse différente s'applique lorsque le plaignant fait valoir qu'un *acte* gouvernemental ou une *pratique* administrative porte atteinte à un droit que lui garantit la *Charte*. Si le tribunal conclut que l'acte ou la pratique en cause contrevient à la *Charte*, son pouvoir de réparation relève non pas de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais du par. 24(1) de la *Charte* : *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 61. Le cas échéant, la jurisprudence concernant l'obligation d'accommodement, qui s'applique également aux parties privées et aux gouvernements, peut être utile « pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier » (je souligne) : *Multani*, par. 53, la juge Charron.

[68] L'atteinte minimale et l'accommodement raisonnable sont distincts sur le plan conceptuel. L'accommodement raisonnable est un concept qui découle de la législation et de la jurisprudence en matière de droits de la personne. Il s'agit d'un processus dynamique par lequel les parties — généralement un employeur et un employé — adaptent les modalités de leur relation aux exigences de la législation sur les droits de la personne, jusqu'au point où il en résulterait une contrainte excessive pour la partie tenue de prendre des mesures d'accommodement. Dans *Multani*, les juges Deschamps et Abella ont expliqué ce qui suit :

Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins. [par. 131]

[69] Il existe une relation très différente entre le législateur et les personnes assujetties à ses mesures législatives. De par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers de chacun. Le législateur n'a ni le pouvoir ni l'obligation en droit de prendre des décisions aussi personnalisées et, dans bien des cas, il ne connaît pas à l'avance le risque qu'une mesure législative porte atteinte aux droits garantis par la *Charte*. On ne peut s'attendre à ce qu'il adapte les mesures législatives à toute éventualité ou à toute croyance religieuse sincère. Les

before the court. The broader societal context in which the law operates must inform the s. 1 justification analysis. A law's constitutionality under s. 1 of the *Charter* is determined, not by whether it is responsive to the unique needs of every individual claimant, but rather by whether its infringement of *Charter* rights is directed at an important objective and is proportionate in its overall impact. While the law's impact on the individual claimants is undoubtedly a significant factor for the court to consider in determining whether the infringement is justified, the court's ultimate perspective is societal. The question the court must answer is whether the *Charter* infringement is justifiable in a free and democratic society, not whether a more advantageous arrangement for a particular claimant could be envisioned.

[70] Similarly, "undue hardship", a pivotal concept in reasonable accommodation, is not easily applicable to a legislature enacting laws. In the human rights context, hardship is seen as undue if it would threaten the viability of the enterprise which is being asked to accommodate the right. The degree of hardship is often capable of expression in monetary terms. By contrast, it is difficult to apply the concept of undue hardship to the cost of achieving or not achieving a legislative objective, especially when the objective is (as here) preventative or precautionary. Though it is possible to interpret "undue hardship" broadly as encompassing the hardship that comes with failing to achieve a pressing government objective, this attenuates the concept. Rather than strain to adapt "undue hardship" to the context of s. 1 of the *Charter*, it is better to speak in terms of minimal impairment and proportionality of effects.

[71] In summary, where the validity of a law of general application is at stake, reasonable accommodation is not an appropriate substitute for a proper

mesures législatives d'application générale ne visent pas uniquement les plaignants, mais l'ensemble de la population. L'ensemble du contexte social dans lequel s'applique la mesure législative doit être pris en compte dans l'analyse de la justification requise par l'article premier. La constitutionnalité d'une mesure législative au regard de l'article premier de la *Charte* dépend, non pas de la question de savoir si elle répond aux besoins de chacun des plaignants, mais plutôt de celle de savoir si la restriction aux droits garantis par la *Charte* vise un objectif important et si l'effet global de cette restriction est proportionné. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'effet de la mesure législative sur les plaignants constitue un facteur important dont le tribunal doit tenir compte pour décider si la violation est justifiée, le tribunal doit avant tout prendre en considération l'ensemble de la société. Il doit se demander si la contravention à la *Charte* peut se justifier dans une société libre et démocratique, et non s'il est possible d'envisager un aménagement plus avantageux pour un plaignant en particulier.

[70] De même, la « contrainte excessive », notion essentielle de l'accommodement raisonnable, ne s'applique pas facilement à la législature qui adopte les mesures législatives. Dans le contexte des droits de la personne, la contrainte est considérée comme excessive si elle menace la viabilité de l'entreprise tenue de s'adapter au droit. Le degré de contrainte peut souvent se traduire en termes pécuniaires. En revanche, il est difficile d'appliquer la notion de contrainte excessive en ces termes à la réalisation ou à la non-réalisation d'un objectif législatif, surtout quand il s'agit (comme en l'espèce) d'un objectif de prévention. Bien qu'il soit possible de donner à la notion de « contrainte excessive » une interprétation large qui englobe la contrainte découlant de l'incapacité d'atteindre un objectif gouvernemental urgent, une telle interprétation atténue cette notion. Plutôt que d'essayer d'adapter la notion de « contrainte excessive » au contexte de l'article premier de la *Charte*, il est préférable de parler d'atteinte minimale et de proportionnalité des effets.

[71] En résumé, quand la validité d'une mesure législative d'application générale est en jeu, l'accommodement raisonnable ne saurait se substituer

s. 1 analysis based on the methodology of *Oakes*. Where the government has passed a measure into law, the provisions of s. 1 apply. The government is entitled to justify the law, not by showing that it has accommodated the claimant, but by establishing that the measure is rationally connected to a pressing and substantial goal, minimally impairing of the right and proportionate in its effects.

(iii) Is the Law Proportionate in Its Effect?

[72] The third and final step of the proportionality analysis is to determine proportionality of effects. We have seen that the regulation advances an important objective; that its limitation on the Colony members' religious freedom is rationally connected to that goal; and that the means chosen to achieve the government objective — the universal photo requirement — meet the requirement of minimal impairment.

[73] This leaves a final question: are the overall effects of the law on the claimants disproportionate to the government's objective? When one balances the harm done to the claimants' religious freedom against the benefits associated with the universal photo requirement for driver's licences, is the limit on the right proportionate in effect to the public benefit conferred by the limit?

[74] In *Oakes*, Dickson C.J. explained the function of this third and final step of the proportionality analysis:

Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The

à l'analyse requise par l'article premier telle qu'elle a été établie dans *Oakes*. Quand le gouvernement prend une mesure en édictant une loi, les dispositions de l'article premier s'appliquent. Le gouvernement peut justifier la mesure législative, non pas en démontrant qu'il l'a adaptée aux besoins du plaignant, mais en établissant qu'elle a un lien rationnel avec un objectif urgent et réel, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit et que son effet est proportionné.

(iii) La mesure législative est-elle proportionnée dans ses effets?

[72] La troisième et dernière étape de l'analyse de la proportionnalité consiste à déterminer si les effets de la mesure contestée sont proportionnés. Nous avons vu que le règlement sert un objectif important; que la restriction à la liberté de religion des membres de la colonie a un lien rationnel avec cet objectif; et que le moyen choisi pour atteindre l'objectif gouvernemental — la photo obligatoire universelle — satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale.

[73] Reste la question de savoir si, dans l'ensemble, les effets de la loi sur les plaignants sont disproportionnés par rapport à l'objectif gouvernemental. La pondération de l'atteinte à la liberté de religion des plaignants et des effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire révèle-t-elle que la restriction au droit est proportionnée à l'avantage qu'elle procure à l'ensemble de la population?

[74] Dans *Oakes*, le juge en chef Dickson a expliqué le rôle de cette troisième et dernière étape de l'analyse de la proportionnalité :

La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée

more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [pp. 139-40]

[75] Despite the importance Dickson C.J. accorded to this stage of the justification analysis, it has not often been used. Indeed, Peter W. Hogg argues that the fourth branch of *Oakes* is actually redundant: *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at section 38.12. He finds confirmation of this view in the fact that he is unable to locate any case in which this stage of the analysis has been decisive to the outcome. In his opinion, this is because it essentially duplicates the analysis undertaken at the first stage, pressing and substantial objective. If a law has an objective deemed sufficiently important to override a *Charter* right and has been found to do so in a way which is rationally connected to the objective and minimally impairing of the right, Hogg asks rhetorically, how can the law's effects nonetheless be disproportionate to its objective? In his view, a finding that a law's objective is "pressing and substantial" at the first stage of *Oakes* will *always* produce a conclusion that its effects are proportionate. The real balancing must be done under the heading of minimal impairment and, to a much more limited extent, rational connection.

[76] It may be questioned how a law which has passed the rigours of the first three stages of the proportionality analysis — pressing goal, rational connection, and minimum impairment — could fail at the final inquiry of proportionality of effects. The answer lies in the fact that the first three stages of *Oakes* are anchored in an assessment of the law's purpose. Only the fourth branch takes full account of the "severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups". As President Barak explains:

par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [p. 139-140]

[75] Malgré l'importance accordée par le juge en chef Dickson à cette étape de l'analyse de la justification, elle n'est pas souvent utilisée. D'ailleurs, Peter W. Hogg soutient que le quatrième volet de la méthode d'analyse établie dans *Oakes* est redondant : *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, section 38.12. Il mentionne à l'appui de cette opinion son incapacité de nommer ne serait-ce qu'une décision dans laquelle ce volet se serait révélé déterminant. Il attribue cette situation au fait que ce volet fait essentiellement double emploi avec la première étape de l'analyse, soit celle de l'objectif urgent et réel. Si l'objectif d'une mesure législative est jugé suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte* et si cette mesure a un lien rationnel avec son objectif et porte le moins possible atteinte au droit, comment, se demande Hogg, les effets de cette mesure pourraient-ils être néanmoins disproportionnés par rapport à son objectif? À son avis, la conclusion qu'une mesure législative a un objectif « urgent et réel » à la première étape de l'analyse établie dans *Oakes* mène *toujours* à la conclusion que ses effets sont proportionnés. Le véritable exercice de pondération doit être effectué à l'étape de l'atteinte minimale et, dans une mesure beaucoup plus limitée, à celle du lien rationnel.

[76] On peut se demander de quelle façon une mesure législative qui a résisté aux trois premières étapes de l'analyse de la proportionnalité — celles de l'objectif urgent, du lien rationnel et de l'atteinte minimale — pourrait échouer à l'étape finale de la proportionnalité des effets. La réponse réside dans le fait que les trois premières étapes de l'analyse proposée dans *Oakes* se rattachent à une appréciation de l'objectif de la mesure législative. Seule la quatrième étape tient pleinement compte de « la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes ». Comme l'explique le président Barak :

Whereas the rational connection test and the least harmful measure test are essentially determined against the background of the proper objective, and are derived from the need to realize it, the test of proportionality (*stricto sensu*) examines whether the realization of this proper objective is commensurate with the deleterious effect upon the human right. . . . It requires placing colliding values and interests side by side and balancing them according to their weight. [p. 374]

In my view, the distinction drawn by Barak is a salutary one, though it has not always been strictly followed by Canadian courts. Because the minimal impairment and proportionality of effects analyses involve different kinds of balancing, analytical clarity and transparency are well served by distinguishing between them. Where no alternative means are reasonably capable of satisfying the government's objective, the real issue is whether the impact of the rights infringement is disproportionate to the likely benefits of the impugned law. Rather than reading down the government's objective within the minimal impairment analysis, the court should acknowledge that no less drastic means are available and proceed to the final stage of *Oakes*.

[77] The final stage of *Oakes* allows for a broader assessment of whether the benefits of the impugned law are worth the cost of the rights limitation. In *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, Bastarache J. explained:

The third stage of the proportionality analysis performs a fundamentally distinct role. . . . The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. Although the minimal impairment stage of the proportionality test necessarily takes into account the extent to which a *Charter* value is infringed, the ultimate standard is whether the *Charter* right is impaired as little as possible given the validity of the legislative purpose. The third stage of the proportionality analysis

[TRADUCTION] Alors que le critère du lien rationnel et celui de la mesure la moins attentatoire sont essentiellement considérés dans le contexte de l'objectif approprié et reposent sur la nécessité de l'atteindre, le critère de la proportionnalité (au sens strict) porte sur la question de savoir si l'atteinte de cet objectif véritable est proportionnée aux effets préjudiciables sur le droit de la personne. [. . .] Il faut mettre en parallèle les valeurs et les intérêts divergents et en comparer l'importance. [p. 374]

À mon avis, la distinction faite par le président Barak est judicieuse, même si les tribunaux canadiens ne l'ont pas toujours appliquée de façon rigoureuse. Comme l'analyse de l'atteinte minimale et celle de la proportionnalité des effets font appel à des types de pondération différents, les distinguer contribue à rehausser la clarté et la transparence du processus analytique. Quand aucun autre moyen n'est raisonnablement susceptible de permettre la réalisation de l'objectif gouvernemental, la véritable question est de savoir si les conséquences de l'atteinte aux droits sont disproportionnées par rapport aux effets bénéfiques probables de la mesure législative contestée. Plutôt que de donner une interprétation atténuée de l'objectif gouvernemental lors de l'analyse de l'atteinte minimale, les tribunaux devraient reconnaître qu'il n'existe aucun moyen moins attentatoire et procéder à la dernière étape de l'analyse proposée dans *Oakes*.

[77] La dernière étape de la méthode d'analyse établie dans *Oakes* permet une appréciation plus large de la question de savoir si les effets bénéfiques de la mesure législative contestée en justifient le coût que représente la restriction au droit. Dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, le juge Bastarache a donné l'explication suivante :

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité joue un rôle fondamentalement distinct. [. . .] Les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. Même si l'étape de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité tient nécessairement compte de la mesure dans laquelle il est porté atteinte à une valeur prévue par la *Charte*, la norme qui doit être appliquée en bout de ligne consiste à se demander s'il est porté atteinte le moins possible au droit garanti par

provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. [Emphasis in original; para. 125.]

[78] In my view, this is a case where the decisive analysis falls to be done at the final stage of *Oakes*. The first two elements of the proportionality test — rational connection and minimum impairment — are satisfied, and the matter stands to be resolved on whether the “deleterious effects of a measure on individuals or groups” outweigh the public benefit that may be gained from the measure. In cases such as this, where the demand is that the right be fully respected without compromise, the justification of the law imposing the limit will often turn on whether the deleterious effects are out of proportion to the public good achieved by the infringing measure.

1. *Salutary Effects*

[79] The first inquiry is into the benefits, or “salutary effects” associated with the legislative goal. Three salutary effects of the universal photo requirement were raised on the evidence: (1) enhancing the security of the driver’s licensing scheme; (2) assisting in roadside safety and identification; and (3) eventually harmonizing Alberta’s licensing scheme with those in other jurisdictions.

[80] The most important of these benefits and the one upon which Alberta principally relies is the enhancement of the security or integrity of the driver’s licensing scheme. The photo requirement ensures both a “one-to-one” and “one-to-many” correspondence among licence holders. This makes it possible, through the use of computer software, to ensure that no person holds more than one licence. It is clear on the evidence that the universal photo requirement enhances the security of the

la *Charte* compte tenu de la validité de l’objectif législatif. La troisième étape de l’analyse de la proportionnalité donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. [Souligné dans l’original; par. 125.]

[78] À mon avis, il s’agit en l’espèce d’un cas où l’analyse se joue à la dernière étape de l’analyse décrite dans *Oakes*. Les deux premiers éléments du critère de la proportionnalité — le lien rationnel et l’atteinte minimale — sont respectés et l’issue de l’affaire dépend de la question de savoir si les « effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes » l’emportent sur les avantages que l’ensemble de la population peut tirer de la mesure. Lorsque, comme en l’espèce, un plaignant réclame le respect absolu de son droit, sans compromis, la justification de la mesure législative attentatoire tient souvent au fait que ses effets préjudiciables sont disproportionnés ou non par rapport aux avantages que l’ensemble de la population en tirera.

1. *Les effets bénéfiques*

[79] Le premier volet de l’analyse porte sur les avantages, ou les « effets bénéfiques » découlant de l’objectif législatif. Trois effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle ont été mentionnés dans la preuve : (1) accroître la sécurité du système de délivrance des permis de conduire; (2) contribuer à la vérification de l’identité et à la sécurité en bordure de la route; et (3) permettre l’harmonisation éventuelle du système albertain de délivrance des permis de conduire avec les systèmes en vigueur à l’extérieur de la province.

[80] Le plus important de ces avantages, et celui sur lequel s’appuie principalement l’Alberta, est la sécurité et l’intégrité accrues du système de délivrance des permis de conduire. La photo obligatoire permet la comparaison « individuelle » et « collective » des photos des titulaires de permis. On peut ainsi, à l’aide d’un logiciel, s’assurer que personne ne détienne plus d’un permis de conduire. Il ressort clairement de la preuve que la photo obligatoire universelle accroît la sécurité du système de

licensing system and thus of Albertans. Mandatory photos represent a significant gain to the integrity and usefulness of the computer comparison system. In short, requiring that *all* licence holders are represented by a digital photo in the data bank will accomplish these security-related objectives more effectively than would an exemption for an as yet undetermined number of religious objectors. Any exemptions would undermine the certainty with which the government is able to say that a given licence corresponds to an identified individual and that no individual holds more than one licence. This evidence stands effectively uncontradicted.

[81] Though it is difficult to quantify in exact terms how much risk of fraud would result from permitted exemptions, it is clear that the internal integrity of the system would be compromised. In this respect, the present case may be contrasted with previous religious freedom cases where this Court has found that the potential risk was too speculative.

[82] In *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772, a risk was held to be overly speculative because there was insufficient evidence that potentially discriminatory beliefs were actually resulting in discriminatory conduct. In the present case, by contrast, it is clear that the photo exemption would have a tangible impact on the integrity of the licensing system because it would undermine one-to-one and one-to-many photo comparisons to verify identity.

[83] Similarly, in *Amselem*, the “security concern” posed by the construction of personal succaahs was purely speculative because there was no evidence that emergency exits were actually being blocked. The appellants had offered to set up their succaahs “in such a way that they would not block any doors, would not obstruct fire lanes, [and] would pose no threat to safety or security in any way” (para. 89). The Court noted that “security

délivrance des permis et, partant, des Albertains. Les photos impératives contribuent à améliorer de façon significative l’intégrité et l’utilité du système de comparaison électronique. Bref, on réalisera ces objectifs concernant la sécurité plus efficacement en exigeant qu’une photo numérique de *tous* les titulaires d’un permis de conduire soit versée dans la banque de données qu’en accordant une exemption à un nombre encore indéterminé d’opposants invoquant des motifs religieux. Toute exemption minerait la capacité du gouvernement d’établir avec certitude la correspondance entre un permis donné et une personne identifiée et d’affirmer sans risque d’erreur que personne ne détient plus d’un permis. Cette preuve n’a pas été réellement contredite.

[81] Bien qu’il soit difficile de quantifier avec précision le risque de fraude qui découlerait de l’octroi d’exemptions, il est évident que l’intégrité interne du système serait compromise. À cet égard, l’affaire qui nous occupe est nettement en contraste avec les causes antérieures touchant la liberté de religion dans lesquelles la Cour a conclu que le risque potentiel était trop hypothétique.

[82] Dans *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, un risque a été jugé trop hypothétique, faute d’une preuve suffisante qui aurait établi qu’une conduite discriminatoire résultait effectivement des croyances potentiellement discriminatoires. En revanche, il est évident que l’exemption de photo obligatoire dont il est question ici aurait un effet tangible sur l’intégrité du système de délivrance des permis parce qu’elle nuirait à la vérification de l’identité des demandeurs de permis au moyen de la comparaison individuelle et collective de leur photo.

[83] De même, dans *Amselem*, les « inquiétudes touchant à la sécurité » suscitées par la construction des souccaahs individuelles étaient purement hypothétiques, puisqu’aucune preuve n’établissait que, dans les faits, les sorties de secours étaient bloquées. Les appelants avaient offert d’installer leur souccaah respective « de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d’évacuation en cas d’incendie, [et] à ne compromettre d’aucune façon la sécurité » (par. 89).

concerns, if soundly established, would require appropriate recognition in ascertaining any limit on the exercise of the appellants' religious freedom" (para. 88). Here, by contrast, it is established that exempting people from the photo registry creates a real risk to security because it undermines the integrity of the system.

[84] The requirement of a photo on a driver's licence serves the additional purpose of assisting police officers in reliably identifying drivers at the roadside. Alberta concedes that this benefit, given the relatively small number of persons who would seek religious exemptions, would not in itself justify limiting freedom of religion. Yet another salutary benefit may flow from eventual harmonization with other licensing systems. This benefit, however, remains to be realized. While these effects may not be determinative, they support the overall salutary effect of the universal photo requirement.

[85] In summary, the salutary effects of the universal photo requirement for driver's licences are sufficient, subject to final weighing against the negative impact on the right, to support some restriction of the right. As discussed earlier, a government enacting social legislation is not required to show that the law will in fact produce the forecast benefits. Legislatures can only be asked to impose measures that reason and the evidence suggest will be beneficial. If legislation designed to further the public good were required to await proof positive that the benefits would in fact be realized, few laws would be passed and the public interest would suffer.

2. *Deleterious Effects*

[86] This brings us to the deleterious effects of the limit on Colony members' exercise of their

La Cour a noté que « si l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité était solidement établie, elle devrait être prise en compte dans l'appréciation du bien-fondé de toute limite imposée à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion » (par. 88). À l'opposé, il est établi en l'espèce qu'exempter certaines personnes de participer au registre de photos crée un risque réel pour la sécurité, parce que les exemptions minent l'intégrité du système.

[84] L'obligation du titulaire d'un permis de conduire d'accepter que sa photo y soit intégrée vise aussi à doter les policiers d'un outil fiable pour les aider à vérifier l'identité des conducteurs en bordure de la route. L'Alberta reconnaît que cet avantage ne justifierait pas à lui seul une restriction à la liberté de religion, étant donné le nombre peu élevé de personnes qui demanderaient une exemption fondée sur des motifs religieux. Un autre effet bénéfique pourrait aussi découler de l'harmonisation éventuelle avec les systèmes de délivrance des permis établis ailleurs. La réalisation de cet effet bénéfique reste toutefois à faire. Ces avantages ne sont peut-être pas déterminants, mais ils contribuent à l'effet bénéfique général de la photo obligatoire universelle.

[85] En résumé, les effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire sont suffisants pour étayer une restriction au droit — sous réserve du résultat final de leur pondération avec les effets préjudiciables au droit. Comme nous l'avons vu plus tôt, le gouvernement qui prend une mesure législative à caractère social n'est pas tenu de démontrer que cette mesure aura effectivement les effets bénéfiques escomptés. On ne peut rien demander de plus au législateur que d'imposer des mesures qui devraient, logiquement et selon la preuve, s'avérer bénéfiques. Si des mesures législatives ne pouvaient être prises pour le bien commun sans qu'il soit d'abord établi qu'elles produiront effectivement les effets bénéfiques attendus, peu de mesures législatives seraient édictées et l'intérêt public en souffrirait.

2. *Les effets préjudiciables*

[86] Cela nous amène à l'examen des effets préjudiciables de la restriction à l'exercice, par les

s. 2(a) right. At this point, the seriousness of the effects of the limit on Colony members' freedom of religion falls to be addressed. Several points call for discussion.

[87] A preliminary observation is that the seriousness of the limit on freedom of religion varies from case to case, depending on "the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society" (*Oakes*, at pp. 139-40).

[88] The deleterious effects of a limit on freedom of religion requires us to consider the impact in terms of *Charter* values, such as liberty, human dignity, equality, autonomy, and the enhancement of democracy: *Thomson Newspapers*, at para. 125; see also *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391. The most fundamental of these values, and the one relied on in this case, is liberty — the right of choice on matters of religion. As stated in *Amselem*, per Iacobucci J., religious freedom "revolves around the notion of personal choice and individual autonomy and freedom" (para. 40). The question is whether the limit leaves the adherent with a meaningful choice to follow his or her religious beliefs and practices.

[89] There is no magic barometer to measure the seriousness of a particular limit on a religious practice. Religion is a matter of faith, intermingled with culture. It is individual, yet profoundly communitarian. Some aspects of a religion, like prayers and the basic sacraments, may be so sacred that any significant limit verges on forced apostasy. Other practices may be optional or a matter of personal choice. Between these two extremes lies a vast array of beliefs and practices, more important to some adherents than to others.

membres de la colonie, du droit que leur garantit l'al. 2a). Il faut, à cette étape, apprécier la gravité des effets de la restriction à la liberté de religion des membres de la colonie. Plusieurs points doivent être examinés.

[87] Précisons, à titre préliminaire, que la gravité de la restriction à la liberté de religion variera en fonction « de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique » (*Oakes*, p. 139-140).

[88] Les effets préjudiciables d'une restriction à la liberté de religion doivent être mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*, telles que la liberté, la dignité humaine, l'égalité, l'autonomie et la promotion de la démocratie : *Thomson Newspapers*, par. 125; voir aussi *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391. La plus fondamentale de ces valeurs, et celle sur laquelle repose le pourvoi, est la liberté — la liberté de choix sur les questions d'ordre religieux. Comme le juge Iacobucci l'explique dans *Amselem*, la liberté de religion « repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu » (par. 40). Il faut donc se demander si, malgré la restriction, le fidèle peut véritablement choisir de suivre ses croyances et ses pratiques religieuses.

[89] Aucune recette magique ne permet de mesurer la gravité d'une restriction particulière à la pratique religieuse. La religion est une question de foi, intimement liée à la culture. Elle est de nature individuelle, quoique profondément communautaire. Certains aspects de la religion, comme les prières et les sacrements fondamentaux, peuvent être sacrés au point où leur assujettissement à une limite appréciable, quelle qu'elle soit, équivaldrait presque à l'apostasie forcée. D'autres pratiques peuvent être facultatives ou relever d'un choix personnel. Une multitude de croyances et de pratiques se situent entre ces deux extrêmes, certains fidèles leur accordant plus d'importance que d'autres.

[90] Because religion touches so many facets of daily life, and because a host of different religions with different rites and practices co-exist in our society, it is inevitable that some religious practices will come into conflict with laws and regulatory systems of general application. As recognized by the European Court of Human Rights in *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A, cited by my colleague Abella J., this pluralistic context also includes “atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned” (para. 31). Their interests are equally protected by s. 2(a): *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 347. In judging the seriousness of the limit in a particular case, the perspective of the religious or conscientious claimant is important. However, this perspective must be considered in the context of a multicultural, multi-religious society where the duty of state authorities to legislate for the general good inevitably produces conflicts with individual beliefs. The bare assertion by a claimant that a particular limit curtails his or her religious practice does not, without more, establish the seriousness of the limit for purposes of the proportionality analysis. Indeed to end the inquiry with such an assertion would cast an impossibly high burden of justification on the state. We must go further and evaluate the degree to which the limit actually impacts on the adherent.

[91] The seriousness of a particular limit must be judged on a case-by-case basis. However, guidance can be found in the jurisprudence. Limits that amount to state compulsion on matters of belief are always very serious. As the U.S. Supreme Court has stated: “At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State”: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), at p. 851.

[90] Étant donné les multiples facettes de la vie quotidienne qui sont touchées par la religion et la coexistence dans notre société de nombreuses religions différentes auxquelles se rattachent toute une variété de rites et de pratiques, il est inévitable que certaines pratiques religieuses soient incompatibles avec les lois et la réglementation d’application générale. Comme l’a reconnu la Cour européenne des Droits de l’Homme dans l’affaire *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A, cité par ma collègue, la juge Abella, ce contexte pluraliste inclut aussi « les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents » (par. 31). L’alinéa 2a) protège également leurs intérêts : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 347. Pour évaluer la gravité d’une restriction dans un cas particulier, il faut l’envisager dans la perspective de la personne qui invoque sa liberté de religion ou de conscience. Cette perspective doit toutefois être adoptée dans le contexte d’une société multiculturelle où se côtoient une multitude de religions et dans laquelle l’accomplissement par l’État de son devoir de légiférer pour le bien commun heurte inévitablement les croyances individuelles. La simple prétention d’un plaignant qu’une restriction particulière nuit à sa pratique religieuse n’établit pas à elle seule la gravité de la restriction aux fins de l’analyse de la proportionnalité. À vrai dire, si cette prétention pouvait clore le débat, le fardeau de justification qui incomberait à l’État serait si lourd qu’il lui serait impossible de s’en acquitter. Il faut aller plus loin et apprécier l’ampleur des effets réels de la restriction sur le fidèle.

[91] La gravité d’une restriction particulière s’apprécie au cas par cas. La jurisprudence fournit néanmoins des indications. Les restrictions qui équivalent à l’imposition d’une croyance par l’État sont toujours très graves. Pour reprendre les propos de la Cour suprême des États-Unis : [TRADUCTION] « Le droit de chacun de former sa propre conception de l’existence, de sa finalité, de l’univers et du mystère de la vie humaine constitue un élément essentiel de la liberté. Les croyances en ces matières ne sauraient définir les attributs de la personnalité si elles devaient être imposées par l’État » : *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 851.

[92] Canadian law reflects the fundamental proposition that the state cannot by law directly compel religious belief or practice. Thus, this Court has held that if the purpose of a law is to interfere with religious practices, the law cannot be upheld: see *Big M Drug Mart, Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), and *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.). To compel religious practice by force of law deprives the individual of the fundamental right to choose his or her mode of religious experience, or lack thereof. Such laws will fail at the first stage of *Oakes* and proportionality will not need to be considered.

[93] Cases of direct compulsion are straightforward. However, it may be more difficult to measure the seriousness of a limit on freedom of religion where the limit arises not from a direct assault on the right to choose, but as the result of incidental and unintended effects of the law. In many such cases, the limit does not preclude choice as to religious belief or practice, but it does make it more costly.

[94] The incidental effects of a law passed for the general good on a particular religious practice may be so great that they effectively deprive the adherent of a meaningful choice: see *Edwards Books*. Or the government program to which the limit is attached may be compulsory, with the result that the adherent is left with a stark choice between violating his or her religious belief and disobeying the law: *Multani*. The absence of a meaningful choice in such cases renders the impact of the limit very serious.

[95] However, in many cases, the incidental effects of a law passed for the general good on a particular religious practice may be less serious. The limit may impose costs on the religious practitioner in terms of money, tradition or inconvenience. However, these costs may still leave the

[92] Le droit canadien concorde avec le principe fondamental selon lequel l'État ne peut imposer directement une croyance ou une pratique religieuse par voie législative. Ainsi, la Cour a statué que la validité d'une mesure législative qui vise à intervenir dans les pratiques religieuses ne saurait être reconnue : voir *Big M Drug Mart, Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), et *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.). Imposer une pratique religieuse par une mesure qui a force de loi serait contraire au droit fondamental de chacun de choisir la façon dont il entend vivre sa religion ou son absence de croyance religieuse. Pareille mesure législative ne résisterait pas à la première étape du test établi dans *Oakes*, de sorte qu'il ne serait pas nécessaire de lui appliquer le critère de la proportionnalité.

[93] Les cas où il y a contrainte directe sont clairs. Il peut toutefois être plus difficile de mesurer la gravité d'une restriction à la liberté de religion lorsque cette restriction ne résulte pas d'une attaque directe contre le libre choix, mais des effets accessoires et involontaires de la mesure législative. Souvent, lorsque c'est le cas, la restriction n'empêche pas une personne de choisir ses croyances ou pratiques religieuses, mais rend ce choix plus onéreux.

[94] Les effets accessoires d'une mesure législative qui vise le bien commun sur une pratique religieuse en particulier peuvent être à ce point importants qu'ils privent le fidèle d'une véritable liberté de choix : voir *Edwards Books*. Il arrive aussi que le programme gouvernemental auquel se rattache la restriction soit obligatoire, ce qui oblige le fidèle à faire le choix déchirant d'agir à l'encontre de sa croyance ou de désobéir à la loi : *Multani*. Vu l'absence de véritable choix, l'effet de la restriction est alors très grave.

[95] Toutefois, les effets accessoires d'une mesure législative qui vise le bien commun sur une pratique religieuse en particulier peuvent être moins graves. La restriction peut causer des inconvénients au fidèle sur le plan financier ou sur les plans de la tradition ou de la commodité. Il se peut néanmoins

adherent with a meaningful choice concerning the religious practice at issue. The *Charter* guarantees freedom of religion, but does not indemnify practitioners against all costs incident to the practice of religion. Many religious practices entail costs which society reasonably expects the adherents to bear. The inability to access conditional benefits or privileges conferred by law may be among such costs. A limit on the right that exacts a cost but nevertheless leaves the adherent with a meaningful choice about the religious practice at issue will be less serious than a limit that effectively deprives the adherent of such choice.

[96] This returns us to the task at hand — assessing the seriousness of the limit on religious practice imposed in this case by the regulation’s universal photo requirement for driver’s licences. This is not a case like *Edwards Books* or *Multani* where the incidental and unintended effect of the law is to deprive the adherent of a meaningful choice as to the religious practice. The impugned regulation, in attempting to secure a social good for the whole of society — the regulation of driver’s licences in a way that minimizes fraud — imposes a cost on those who choose not to have their photos taken: the cost of not being able to drive on the highway. But on the evidence before us, that cost does not rise to the level of depriving the Hutterian claimants of a meaningful choice as to their religious practice, or adversely impacting on other *Charter* values.

[97] The Hutterian claimants argue that the limit presents them with an invidious choice: the choice between some of its members violating the Second Commandment on the one hand, or accepting the end of their rural communal life on the other hand. However, the evidence does not support the conclusion that arranging alternative means of highway transport would end the Colony’s rural way of life. The claimants’ affidavit says that it is necessary

que, malgré ces inconvénients, le fidèle conserve la possibilité réelle de faire un choix relativement à la pratique en cause. La *Charte* garantit la liberté de religion, mais ne protège pas les fidèles contre tous les coûts accessoires à la pratique religieuse. Plusieurs pratiques religieuses entraînent des coûts dont la société juge raisonnable qu’ils soient supportés par les fidèles. L’impossibilité de bénéficier d’avantages ou privilèges conditionnels prévus par la loi peut faire partie de ces coûts. Une restriction au droit qui entraîne un coût, mais laisse une véritable liberté de choix au fidèle relativement à la pratique religieuse en cause sera moins grave qu’une restriction qui le prive réellement de la possibilité de faire un choix.

[96] Cela nous ramène à la tâche qui nous incombe — c’est-à-dire évaluer la gravité de la restriction à la pratique religieuse imposée en l’espèce par le règlement qui universalise la photo obligatoire pour les titulaires d’un permis de conduire. Nous ne sommes pas devant une situation analogue à celles en cause dans *Edwards Books* ou *Multani*, où la mesure législative a pour effet accessoire et involontaire de priver le fidèle d’une véritable liberté de choix relativement à la pratique religieuse. Les mesures prises dans le règlement contesté dans le but d’assurer le bien commun de l’ensemble de la société — en réglementant les permis de conduire de façon à réduire le risque de fraude au minimum — imposent un coût aux personnes qui refusent de se faire photographier : l’impossibilité de conduire sur la voie publique. Selon la preuve, ce coût n’est cependant pas suffisamment élevé pour priver les plaignants huttérites de la liberté de faire un véritable choix relativement à leur pratique religieuse, ni pour porter atteinte aux autres valeurs consacrées par la *Charte*.

[97] Les plaignants huttérites soutiennent que la restriction les place devant un cruel dilemme : ils doivent soit accepter que des membres de la colonie violent le deuxième commandement, soit renoncer à leur mode de vie communautaire rural. La preuve n’étaye toutefois pas leur prétention que le recours à d’autres solutions pour leurs déplacements sur les voies publiques mettrait un terme au mode de vie rural de la colonie. Dans leur affidavit,

for at least some members to be able to drive from the Colony to nearby towns and back. It does not explain, however, why it would not be possible to hire people with driver's licences for this purpose, or to arrange third party transport to town for necessary services, like visits to the doctor. Many businesses and individuals rely on hired persons and commercial transport for their needs, either because they cannot drive or choose not to drive. Obtaining alternative transport would impose an additional economic cost on the Colony, and would go against their traditional self-sufficiency. But there is no evidence that this would be prohibitive.

[98] On the record before us, it is impossible to conclude that Colony members have been deprived of a meaningful choice to follow or not to follow the edicts of their religion. The law does not compel the taking of a photo. It merely provides that a person who wishes to obtain a driver's licence must permit a photo to be taken for the photo identification data bank. Driving automobiles on highways is not a right, but a privilege. While most adult citizens hold driver's licences, many do not, for a variety of reasons.

[99] I conclude that the impact of the limit on religious practice imposed by the universal photo requirement for obtaining a driver's licence is that Colony members will be obliged to make alternative arrangements for highway transport. This will impose some financial cost on the community and depart from their tradition of being self-sufficient in terms of transport. These costs are not trivial. But on the record, they do not rise to the level of seriously affecting the claimants' right to pursue their religion. They do not negate the choice that lies at the heart of freedom of religion.

les plaignants soutiennent qu'il est nécessaire qu'au moins quelques membres de la colonie puissent conduire entre la colonie et les villes voisines. Ils n'expliquent cependant pas pourquoi il leur serait impossible d'embaucher d'autres personnes titulaires d'un permis de conduire ou de se faire conduire en ville par un tiers au besoin, pour leurs rendez-vous médicaux, par exemple. Beaucoup d'entreprises et de particuliers qui ne peuvent pas ou ne veulent pas conduire s'en remettent à des employés ou au transport commercial. Certes, le recours à un autre mode de transport obligerait la colonie à supporter un coût additionnel sur le plan financier et irait à l'encontre de son autosuffisance traditionnelle. Toutefois, il n'a pas été démontré que ce coût serait prohibitif.

[98] Le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de conclure que les membres de la colonie ont été privés de la possibilité de faire un véritable choix entre observer ou non les préceptes de leur religion. La mesure législative ne les contraint pas à se faire photographier. Elle prévoit simplement qu'une personne qui désire obtenir un permis de conduire doit se laisser photographier pour alimenter la banque de données servant à la photo-identification. Pouvoir conduire une automobile sur les voies publiques ne constitue pas un droit, mais un privilège. Même si la plupart des adultes détiennent un permis de conduire, beaucoup n'en détiennent pas, pour différentes raisons.

[99] Je conclus que la restriction à la pratique religieuse causée par la photo obligatoire universelle comme condition d'obtention d'un permis de conduire a pour effet d'obliger les membres de la colonie à trouver des solutions de rechange pour leurs déplacements sur les voies publiques. Ils devront en conséquence supporter certains coûts financiers et déroger à leur tradition d'autosuffisance concernant le transport. Ces coûts ne sont pas négligeables. Toutefois, le dossier qui nous a été soumis ne démontre pas qu'ils sont assez élevés pour porter gravement atteinte au droit des plaignants de pratiquer leur religion. Ils ne les privent pas de la liberté de choix qui constitue un élément essentiel de la liberté de religion.

3. *Weighing the Salutory and Deleterious Effects*

[100] Having considered the seriousness of the limit in terms of its impact on the claimants' freedom of religion, we must balance these deleterious effects against the salutary effects of the law, in order to determine whether the overall impact of the law is proportionate.

[101] The law has an important social goal — to maintain an effective driver's licence scheme that minimizes the risk of fraud to citizens as a whole. This is not a goal that should lightly be sacrificed. The evidence supports the conclusion that the universal photo requirement addresses a pressing problem and will reduce the risk of identity-related fraud, when compared to a photo requirement that permits exceptions.

[102] Against this important public benefit must be weighed the impact of the limit on the claimants' religious rights. While the limit imposes costs in terms of money and inconvenience as the price of maintaining the religious practice of not submitting to photos, it does not deprive members of their ability to live in accordance with their beliefs. Its deleterious effects, while not trivial, fall at the less serious end of the scale.

[103] Balancing the salutary and deleterious effects of the law, I conclude that the impact of the limit on religious practice associated with the universal photo requirement for obtaining a driver's licence, is proportionate.

(d) *Conclusion on Justification*

[104] I conclude that the limit on the Colony members' freedom of religion imposed by the universal photo requirement for holders of driver's licences has been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. The goal of minimizing the risk of fraud associated with driver's licences is pressing

3. *La pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

[100] Une fois mesurée la gravité des effets de la restriction sur la liberté de religion des plaignants, nous devons pondérer ces effets négatifs de la mesure législative par rapport à ses effets bénéfiques afin de déterminer si son effet global est proportionné.

[101] La mesure législative vise un objectif social important — maintenir un système de délivrance des permis de conduire qui soit efficace et qui réduise au minimum le risque de fraude pour l'ensemble des citoyens. Cet objectif ne doit pas être sacrifié à la légère. La preuve permet de conclure que la photo obligatoire universelle vise à régler un problème urgent et réduira le risque de fraude sous forme de vol d'identité, en comparaison de la photo obligatoire assortie d'exceptions.

[102] Il faut évaluer les effets de la restriction sur les droits religieux des plaignants par rapport à cet important avantage pour l'ensemble de la population. Bien que la restriction impose des inconvénients et des coûts financiers aux personnes qui refusent de se laisser photographier parce que leurs préceptes religieux le leur interdit, elle ne prive pas les membres de la colonie de la possibilité de vivre en accord avec leurs croyances. Certes, les effets préjudiciables de la mesure ne sont pas négligeables, mais leur degré de gravité est des plus faibles.

[103] Après avoir soupesé les effets bénéfiques de la mesure législative par rapport à ses effets préjudiciables, je conclus que les effets de la restriction à la liberté de religion découlant de l'universalité de la photo obligatoire comme condition d'obtention d'un permis de conduire sont proportionnés.

d) *Conclusion sur la justification*

[104] Je conclus qu'il a été démontré que la restriction à la liberté de religion des membres de la colonie imposée par la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de réduire le risque de fraude associée au

and substantial. The limit is rationally connected to the goal. The limit impairs the right as little as reasonably possible in order to achieve the goal; the only alternative proposed would significantly compromise the goal of minimizing the risk. Finally, the measure is proportionate in terms of effects: the positive effects associated with the limit are significant, while the impact on the claimants, while not trivial, does not deprive them of the ability to follow their religious convictions.

B. *The Claim Under Section 15*

[105] The s. 15 claim was not considered at any length by the courts below and addressed only summarily by the parties in this Court. In my view, it is weaker than the s. 2(a) claim and can easily be dispensed with. To the extent that the s. 15(1) argument has any merit, many of my reasons for dismissing the s. 2(a) claim apply to it as well.

[106] Briefly, s. 15(1) is “aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by the grounds enumerated in s. 15 and analogous grounds”: *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 16. Religion is a ground enumerated in s. 15. As recently restated by this Court in *Kapp*, at para. 17, the test for discrimination under s. 15(1) is as follows:

- (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground?
- (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?

[107] The respondents claim that “[r]efusing to issue licences to the Wilson Members who otherwise qualify for such licences simply because they refuse to abandon their religious belief in the Second Commandment, but issuing licences to the comparator group simply because they do not share such religious belief, clearly demeans and infringes

permis de conduire est urgent et réel. La restriction a un lien rationnel avec l’objectif. Elle restreint le droit aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif; la seule solution de rechange proposée compromettrait grandement l’objectif de réduire le risque au minimum. Enfin, la mesure est proportionnée quant à ses effets : les effets positifs liés à la restriction sont importants, alors que son incidence sur les plaignants, quoique non négligeable, ne les prive pas de la possibilité d’agir en accord avec leurs convictions religieuses.

B. *La demande fondée sur l’art. 15*

[105] La demande fondée sur l’art. 15 n’a pas été vraiment examinée par les juridictions inférieures et n’a été abordée que sommairement par les parties devant la Cour. À mon avis, elle repose sur des assises moins solides que la demande fondée sur l’al. 2a) et peut facilement être tranchée. Dans la mesure où l’argument tiré du par. 15(1) serait le moins fondé, beaucoup de mes motifs justifiant le rejet de la demande reposant sur l’al. 2a) s’appliquent.

[106] En bref, le par. 15(1) « vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’art. 15 ou par des motifs analogues » : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 16. La religion est un motif énuméré à l’art. 15. Comme notre Cour l’a récemment répété dans *Kapp* (par. 17), le critère de discrimination au sens du par. 15(1) est le suivant :

- (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?
- (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes?

[107] Les intimés prétendent que [TRADUCTION] « [l]a décision de refuser de délivrer des permis aux membres de la colonie Wilson qui, autrement, satisfont aux conditions requises pour obtenir ces permis, pour la simple raison qu’ils ne veulent pas renoncer à leur croyance religieuse découlant du deuxième commandement, mais d’en délivrer aux membres

upon the human dignity of the Wilson Members” (Factum, at para. 39). However, photo licences are not issued to other drivers “simply because they do not share such religious belief”, but rather because they meet the statutory requirements for issuance of a licence — which include having a photo taken.

[108] Assuming the respondents could show that the regulation creates a distinction on the enumerated ground of religion, it arises not from any demeaning stereotype but from a neutral and rationally defensible policy choice. There is no discrimination within the meaning of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, as explained in *Kapp*. The Colony members’ claim is to the unfettered practice of their religion, not to be free from religious discrimination. The substance of the respondents’ s. 15(1) claim has already been dealt with under s. 2(a). There is no breach of s. 15(1).

VI. Conclusion

[109] The impugned regulation is a reasonable limit on religious freedom, demonstrably justified in a free and democratic society. I would therefore allow the appeal. The constitutional questions stated in my order of January 16, 2008 should be answered as follows:

1. Does s. 14(1)(b) of Alberta’s *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, as amended by Alta. Reg. 137/2003, infringe s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

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*?

Answer: Yes.

du groupe de comparaison uniquement parce qu’ils ne partagent pas cette croyance, porte clairement atteinte à la dignité humaine des membres de la colonie Wilson » (mémoire, p. 39). Toutefois, les permis avec photo ne sont pas délivrés aux autres conducteurs « uniquement parce qu’ils ne partagent pas cette croyance », mais plutôt parce qu’ils satisfont aux conditions légales d’obtention d’un permis — et notamment à celle de se faire photographier.

[108] À supposer que les intimées puissent démontrer que le règlement établit une distinction fondée sur le motif énuméré de la religion, celle-ci découle non pas d’un stéréotype méprisant, mais d’un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel. Il n’y a aucune discrimination au sens de l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, tel que l’explique l’arrêt *Kapp*. L’objet de la demande des membres de la colonie est la pratique inconditionnelle de leur religion, et non l’absence de discrimination religieuse exercée contre eux. La demande des intimées fondée sur le par. 15(1) a déjà été traitée pour l’essentiel dans l’analyse fondée sur l’al. 2a). Il n’y a aucune violation du par. 15(1).

VI. Conclusion

[109] Le règlement contesté constitue une restriction raisonnable à la liberté de religion dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi. Les questions constitutionnelles énoncées dans mon ordonnance du 16 janvier 2008 doivent recevoir les réponses suivantes :

1. L’alinéa 14(1)(b) du règlement 320/2002 de l’Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, modifié par le règlement 137/2003 de l’Alberta, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l’al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Dans l’affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

3. Does s. 14(1)(b) of Alberta's *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, as amended by Alta. Reg. 137/2003, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

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*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

[110] ABELLA J. (dissenting) — Freedom of religion is a core, constitutionally protected democratic value. To justify its impairment, therefore, the government must demonstrate that the benefits of the infringement outweigh the harm it imposes. This was enunciated by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, where he developed the test under s. 1 for justifying limits to constitutional rights:

Even if an objective is of sufficient importance, . . . it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [p. 140]

And in *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (2008), Martha C. Nussbaum similarly observed that:

Some such burdens to religion may have to be borne, if the peace and safety of the state are really at stake, or if there is some other extremely strong state interest. But it seems deeply wrong for the state to put citizens in such a tragic position needlessly, or in matters of less weight. And often matters lying behind

3. L'alinéa 14(1)(b) du règlement 320/2002 de l'Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, modifié par le règlement 137/2003 de l'Alberta, porte-t-il atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

[110] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La liberté de religion est une valeur démocratique fondamentale protégée par la Constitution. Par conséquent, pour justifier une atteinte à cette liberté, le gouvernement doit démontrer que les effets bénéfiques de l'atteinte l'emportent sur le préjudice qu'elle cause. C'est ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, où il a élaboré le test à appliquer pour justifier une atteinte à un droit constitutionnel au regard de l'article premier :

Même si un objectif est suffisamment important [. . .], il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [p. 140]

De plus, dans *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (2008), Martha C. Nussbaum affirme, de même :

[TRADUCTION] Il peut être nécessaire d'accepter certaines entraves à la religion lorsque la paix et la sécurité de l'État sont réellement menacées ou s'il en va d'un autre intérêt extrêmement puissant de l'État. Il serait par contre extrêmement incorrect que l'État impose une entrave aussi pénible aux citoyens sans que cela soit nécessaire,

laws of general applicability are not so weighty. [p. 117]

[111] It may be, however, that the nature of the particular religious duty brings it into serious conflict with countervailing and compelling social values and imperatives. As Dickson J. stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, religious freedoms are subject to such limitations

as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others

. . . The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided . . . only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [pp. 337 and 346]

[112] The issue in this case, therefore, is whether in balancing the benefits of the infringing measure against the harm to the right, the infringement is justified. With respect, unlike the Chief Justice, in my view it is not.

[113] The government of Alberta has imposed a mandatory photo requirement for a driver's licence. The stated objective of the measure is to help reduce identity theft through the use of a facial recognition database. The province acknowledges that roadside safety and security are not at issue. Since the introduction of a photo requirement 29 years earlier, there had been, without incident, an exemption for those like the Hutterites whose religion prohibits them from being photographed.

[114] The harm to the constitutional rights of the Hutterites, in the absence of an exemption, is dramatic. Their inability to drive affects them not only individually, but also severely compromises

ou pour des raisons de moindre importance. Et, souvent, les raisons qui sous-tendent les mesures législatives d'application générale ne sont pas importantes à ce point. [p. 117]

[111] En revanche, il se peut que, par sa nature, une obligation religieuse particulière entre nettement en conflit avec des valeurs et des impératifs sociaux contraires impérieux. Comme l'a confirmé le juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, la liberté de religion peut être soumise aux restrictions

qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui

. . . Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition [. . .] que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [p. 337 et 346]

[112] En l'espèce, la question est donc de savoir si la restriction est justifiée lorsqu'on en pondère les effets bénéfiques et les effets préjudiciables aux droits. Contrairement à la Juge en chef, j'estime, en toute déférence, qu'elle ne l'est pas.

[113] Le gouvernement de l'Alberta a imposé la photo obligatoire impérative pour le permis de conduire. L'objectif déclaré de cette mesure est d'aider à réduire le vol d'identité grâce à l'utilisation d'une banque de données reliée à un logiciel de reconnaissance faciale. La province reconnaît que la sûreté et la sécurité en bordure de la route ne sont pas en cause. Depuis l'instauration de la photo obligatoire, 29 ans auparavant, des exemptions étaient accordées, sans entraîner d'incident, aux personnes, comme les huttérites, dont la religion comporte l'interdiction de se laisser photographier.

[114] En l'absence d'une exemption, l'atteinte aux droits constitutionnels des huttérites est dramatique. Non seulement leur impossibilité de conduire les touche individuellement, mais elle compromet

the autonomous character of their religious community.

[115] Unlike the severity of its impact on the Hutterites, the benefits to the province of requiring them to be photographed are, at best, marginal. Over 700,000 Albertans do not have a driver's license and are therefore not in the province's facial recognition database. There is no evidence that in the context of several hundred thousand unphotographed Albertans, the photos of approximately 250 Hutterites will have any discernable impact on the province's ability to reduce identity theft.

[116] This means that the serious harm caused by the infringing measure weighs far more heavily on the s. 1 scales than the benefits the province gains from its imposition on the Hutterites. The province has therefore not discharged its onus of justifying the imposition of a mandatory photo requirement on the members of the Wilson Colony.

Background

[117] In 1974, the Province of Alberta introduced photographs on driver's licences. Until 2003, the Registrar required photos as a general rule, but could issue a non-photo Condition Code G licence if a person had a sincere religious objection or a temporary medical condition which affected their appearance. The Alberta *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, under the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, governed these licences and gave the Registrar discretion to determine whether the exemption from a photograph requirement was justified.

[118] The Hutterites of Wilson Colony believe that the Second Commandment, which prohibits idolatry, prohibits them from being photographed. They also believe in communal property and live together in religious colonies. The colonies attempt

aussi sérieusement l'autonomie de leur communauté religieuse.

[115] À l'opposé de la gravité de ses effets sur les huttérites, les avantages de la photo obligatoire pour la province sont, au mieux, minimes. Plus de 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire, de sorte que leur photo ne figure pas dans la banque de données provinciale servant à la reconnaissance faciale. Aucune preuve ne démontre que, dans un contexte où plusieurs centaines de milliers d'Albertains ne sont pas photographiés, la photo d'environ 250 huttérites aura un effet perceptible sur la capacité de la province de réduire le vol d'identité.

[116] Cela signifie que le grave préjudice causé par la mesure attentatoire pèse beaucoup plus lourd dans la balance pour l'application de l'article premier que les avantages que son imposition aux huttérites procure à la province. Par conséquent, la province n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait de justifier l'imposition de la photo obligatoire impérative aux membres de la colonie Wilson.

Le contexte

[117] En 1974, la province de l'Alberta a instauré les permis de conduire avec photo. Jusqu'en 2003, le registraire exigeait normalement une photo, mais il pouvait délivrer un permis sans photo assorti de la condition G si une personne soulevait une objection religieuse sincère ou si elle souffrait d'un problème médical temporaire qui affectait son apparence. Le règlement de l'Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, pris en application de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, régissait ces permis et conférait au registraire le pouvoir discrétionnaire de déterminer si une exemption de la photo obligatoire était justifiée.

[118] Les huttérites de la colonie Wilson croient que le deuxième commandement, qui proscriit l'idolâtrie, leur interdit de se laisser photographier. Ils croient également à la propriété communale et vivent ensemble dans des colonies religieuses. Les

to be self-sufficient, and members of the community operate motor vehicles in order to fulfill their responsibilities to the community. Specifically, the Wilson Colony members use motor vehicles to obtain medical services each week for the 48 children and 8 diabetics on the Colony, for community firefighting by volunteer firefighters, and in commercial activity to sustain their community.

[119] In May 2003, Alberta amended the regulations to make a photograph mandatory for *all* driver's licences (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003). At the time, there were 453 Condition Code G licences in Alberta. Of those, 56 percent, or about 250, were held by Hutterites (2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281, *per* Conrad J.A., at para. 5).

[120] The purpose of the mandatory photograph was primarily to reduce identity theft. Section 3(b) of the amended regulations allows the Registrar to use facial recognition software to verify the identity of all licence applicants. The photograph that is taken at the time of issuance of the licence is incorporated into the province's database. Facial recognition software compares this photograph to all the other photographs in the system, to help ensure that no one has more than one licence in his or her name.

[121] As noted earlier, more than 700,000 Albertans do not have a driver's licence and are therefore not in the province's facial recognition database.

[122] The Wilson Colony members objected to being photographed. Alberta then proposed two alternatives: first, that they have their photograph taken and printed on their licences. Each licence would then be placed in a special package which the licensee would never be required to open, preventing the licensee from ever coming into physical contact with the printed photo. The photographs would be stored in digital form in the database.

colonies visent l'autosuffisance et des membres de la communauté conduisent un véhicule automobile pour s'acquitter de leurs responsabilités envers la communauté. Plus précisément, les membres de la colonie Wilson utilisent chaque semaine des véhicules automobiles pour obtenir des services médicaux pour les 48 enfants et les 8 diabétiques de la colonie, pour assurer les services de pompiers volontaires dans la communauté et pour des activités commerciales qui lui permettent de subvenir aux besoins de la communauté.

[119] En mai 2003, l'Alberta a modifié son règlement pour rendre la photo obligatoire pour *tous* les permis de conduire (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003). On comptait alors en Alberta 453 permis assortis de la condition G. De ce nombre, 56 pour 100, ou environ 250, étaient détenus par des huttérites (2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281, la juge Conrad de la Cour d'appel, par. 5).

[120] La photo obligatoire avait pour principal objectif de réduire le vol d'identité. L'alinéa 3b) du règlement modifié permet au registraire d'utiliser un logiciel de reconnaissance faciale pour vérifier l'identité de tous les demandeurs de permis. La photo prise lors de la délivrance du permis est versée dans la banque de données de la province. Le logiciel compare alors la photo versée avec toutes les autres photos qui figurent dans le système, ce qui aide à faire en sorte que personne ne détienne plus d'un permis à son nom.

[121] Comme nous l'avons vu, plus de 700 000 Albertains ne possèdent pas de permis de conduire et leur photo ne figure donc pas dans la banque de donnée servant à la reconnaissance faciale.

[122] Les membres de la colonie Wilson ont refusé de se laisser photographier. L'Alberta leur a proposé deux solutions de rechange. Selon la première, ils se feraient photographier et leur photo apparaîtrait sur le permis. Cependant, le permis serait placé dans un emballage spécial que le titulaire n'aurait jamais à ouvrir, de sorte qu'il n'aurait aucun contact physique avec la photo imprimée. La photo numérique serait versée dans la banque de données. Selon la

The second proposal was that a photograph would be taken but not actually printed on their licences. Only the digital images would be stored in the facial recognition database.

[123] The Wilson Colony members rejected these alternatives since they both required them to contravene the religious prohibition against having their photograph taken. Their proposal was that there be a photoless licence with a stamp indicating that the licence could not be used for identification purposes.

[124] The failure to reach an agreement resulted in a constitutional challenge by the members of the Wilson Colony to the mandatory photo requirement. They were successful before the Alberta Court of Queen's Bench (2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300) and the Court of Appeal.

Analysis

[125] Alberta conceded that the photo requirement impairs the Wilson Colony members' freedom of religion. Nor did it dispute that the requirement places a distinctive burden on the Colony members, as the chambers judge noted:

Nor does the Attorney General dispute that the requirement that people who wish to obtain or renew an operator's licence is a distinctive burden for those who hold those beliefs.

In short, the Attorney General does not take issue with the proposition that the burden imposed upon the Applicants by Section 14(1)(b) of AR 137/2003 is a breach of the *Charter* Rights of the Applicants under both Section 2(a) and Section 15(1) of the *Charter*. Accordingly, there is no need to engage in an assessment of whether Section 14(1)(b) of AR 320/2002, as amended, violates the guaranteed *Charter* rights of the Applicants. [paras. 6-7]

[126] The constitutional guarantee of freedom of conscience and religion is found in s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which states:

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

deuxième, une photo serait prise, mais elle n'apparaîtrait pas sur le permis. La photo numérique serait seulement versée dans la banque de données servant à la reconnaissance faciale.

[123] Les membres de la colonie Wilson ont rejeté ces deux solutions de rechange parce qu'elles exigeaient toutes les deux qu'ils contreviennent au précepte religieux qui leur interdit de se laisser photographier. Ils ont proposé qu'on leur délivre un permis de conduire sans photo, portant une mention indiquant qu'il ne peut être utilisé à des fins d'identification.

[124] À défaut d'une entente, les membres de la colonie Wilson ont contesté la validité constitutionnelle de la photo obligatoire. Ils ont eu gain de cause devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300) et devant la Cour d'appel.

Analyse

[125] L'Alberta concède que la photo obligatoire porte atteinte à la liberté de religion des membres de la colonie Wilson. Elle n'a pas contesté non plus le fait que cette exigence impose un fardeau distinct aux membres de la colonie, comme le juge de première instance l'a souligné :

[TRADUCTION] Le procureur général ne nie pas non plus que l'obligation incombant aux personnes qui désirent obtenir ou renouveler un permis de conduire impose un fardeau distinct à celles qui ont ces croyances.

Bref, le procureur général ne conteste pas la prétention que le fardeau imposé aux plaignants par l'alinéa 14(1)(b) du règlement de l'Alberta 137/2003 porte atteinte à leurs droits protégés par l'al. 2a) et par le par. 15(1) de la *Charte*. Il est donc inutile d'examiner la question de savoir si l'alinéa 14(1)(b) du règlement de l'Alberta 320/2002, dans sa version modifiée, viole les droits que la *Charte* garantit aux plaignants. [par. 6-7]

[126] La liberté de conscience et de religion bénéficie d'une protection constitutionnelle prévue à l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

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

[127] In both *Big M Drug Mart* and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. explained the significance of the right, one that rests on the values of autonomy and dignity. In *Edwards Books*, he characterized freedom of religion as “profoundly personal beliefs that govern one’s perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one’s conduct and practices” (p. 759). In *Big M Drug Mart*, he wrote that

[t]he essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination.

... an emphasis on individual conscience and individual judgment ... lies at the heart of our democratic political tradition. [pp. 336 and 346]

It is the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience that

underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as “fundamental”. They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [p. 346]

[128] The European Court of Human Rights espoused a similarly liberal conception of freedom of religion in *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A:

... freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up

[127] Dans les arrêts *Big M Drug Mart* et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson a expliqué l’importance de ce droit, qui repose sur les valeurs de l’autonomie et de la dignité. Dans *Edwards Books*, il a qualifié la liberté de religion de « croyances intimes profondes qui régissent la perception qu’on a de soi, de l’humanité, de la nature et, dans certains cas, d’un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques » (p. 759). Dans *Big M Drug Mart*, il a écrit ceci :

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l’on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d’empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.

... l’insistance sur la conscience et le jugement individuels est [...] au cœur de notre tradition politique démocratique. [p. 336 et 346]

C’est en raison de l’importance cruciale des droits rattachés à la liberté de conscience individuelle que

la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés « fondamentales ». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s’insère la *Charte*.

Vu sous cet angle, l’objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d’avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d’avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [p. 346]

[128] La Cour européenne des Droits de l’Homme a adopté une conception libérale semblable de la liberté de religion dans *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A :

... la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l’une des assises d’une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l’identité

the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.

While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies . . . freedom to “manifest [one’s] religion”. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions.

. . . freedom to manifest one’s religion is not only exercisable in community with others, “in public” and within the circle of those whose faith one shares, but can also be asserted “alone” and “in private” . . . [para. 31]

[129] In *Şahin v. Turkey* [GC], No. 44774/98, ECHR 2005-XI, the European Court of Human Rights compellingly wrote:

Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a “democratic society”. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position. [para. 108]

(See also Jeremy Webber “The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion”, in Avigail Eisenberg, ed., *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada* (2006), 178, at p. 184; Charles Taylor, *Philosophical Arguments* (1995), at pp. 225 *et seq.*)

[130] Moreover, it is important to recognize that freedom of religion has “both individual and collective aspects” (*Edwards Books*, at p. 781, *per* Dickson C.J.). Wilson J., in her partial dissent in *Edwards Books*, confirmed this dual nature of freedom of religion when she said:

In his commentary on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* Professor Tarnopolsky . . . points out that the *Charter* protects group rights as well as individual rights. He distinguishes between individual and group rights on the basis that the assertion of an individual right emphasises the proposition that everyone is to be treated the same regardless of his or her membership in a particular identifiable group whereas the assertion of a group right is based on the claim of

des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme — chèrement conquis au cours des siècles — consubstantiel à pareille société.

Si la liberté religieuse relève d’abord du for intérieur, elle « implique » de surcroît [. . .] celle de « manifester sa religion ». Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l’existence de convictions religieuses.

. . . la liberté de manifester sa religion ne s’exerce pas uniquement de manière collective, « en public » et dans le cercle de ceux dont on partage la foi : on peut aussi s’en prévaloir « individuellement » et « en privé » . . . [par. 31]

[129] Dans *Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI, la Cour européenne des Droits de l’Homme a tenu ces propos éloquentes :

Pluralisme, tolérance et esprit d’ouverture caractérisent une « société démocratique ». Bien qu’il faille parfois subordonner les intérêts d’individus à ceux d’un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l’opinion d’une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d’une position dominante. [par. 108]

(Voir aussi, Jeremy Webber, « The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion », dans Avigail Eisenberg, dir., *Diversity and Equality : The Changing Framework of Freedom in Canada* (2006), 178, p. 184; Charles Taylor, *Philosophical Arguments* (1995), p. 225 *et suiv.*)

[130] De plus, il est important de reconnaître que la liberté de religion comporte « des aspects à la fois individuels et collectifs » (*Edwards Books*, p. 781, le juge en chef Dickson). La juge Wilson, dissidente en partie dans *Edwards Books*, a confirmé cette dualité de la liberté de religion :

Dans ses commentaires sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, le professeur Tarnopolsky [. . .] souligne que la *Charte* protège autant les droits collectifs que les droits individuels. Il fait la distinction entre les droits collectifs et les droits individuels en disant que l’affirmation d’un droit individuel confirme la thèse selon laquelle chacun doit être traité de la même façon, peu importe qu’il ou elle appartienne ou non à un groupe identifiable particulier, alors que l’affirmation d’un droit collectif

an individual or group of individuals because of membership in a particular identifiable group: see “The Equality Rights”, in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at p. 437.

... it seems to me that when the *Charter* protects group rights such as freedom of religion, it protects the rights of all members of the group. It does not make fish of some and fowl of the others. For, quite apart from considerations of equality, to do so is to introduce an invidious distinction into the group and sever the religious and cultural tie that binds them together. It is, in my opinion, an interpretation of the *Charter* expressly precluded by s. 27 which requires the *Charter* to be interpreted “in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians”. [Emphasis in original; pp. 808-9.]

Both the individual and group aspects are engaged in this case.

[131] The group, or “community”, aspect of religious freedom was discussed by the European Court of Human Rights in *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII:

[T]he right of believers to freedom of religion, which includes the right to manifest one’s religion in community with others, encompasses the expectation that believers will be allowed to associate freely, without arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection [of religious freedom]

In addition, one of the means of exercising the right to manifest one’s religion, especially for a religious community, in its collective dimension, is the possibility of ensuring judicial protection of the community, its members and its assets [para. 118]

[132] This does not mean that the right to freedom of religion cannot yield to a state objective whose benefits outweigh the harm to the right. The assertion of a sincere religious belief or duty does not end the inquiry. As the European Court of Human Rights said in *Şahin*:

est fondée sur la revendication d’un individu ou d’un groupe d’individus à cause de leur appartenance à un groupe identifiable particulier : voir « Les droits à l’égalité », *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 551.

... il me semble que dans les cas où la *Charte* protège des droits collectifs, elle protège les droits de tous les membres d’un groupe. Elle ne fait pas de distinction entre les figues et les raisins. En effet, toute considération d’égalité mise à part, le faire reviendrait à établir une distinction injuste au sein du groupe et à rompre les liens religieux et culturels qui en assurent la cohésion. C’est là, à mon avis, une interprétation de la *Charte* expressément interdite par l’art. 27 qui dispose que toute interprétation de celle-ci doit « concorder avec l’objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». [Souligné dans l’original; p. 808-809.]

En l’espèce, tant les aspects individuels que les aspects collectifs de la liberté de religion sont en jeu.

[131] La Cour européenne des Droits de l’Homme a traité de l’aspect « collectif » de la liberté de religion dans *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n^o 45701/99, CEDH 2001-XII :

[L]e droit des fidèles à la liberté de religion, qui comprend le droit de manifester sa religion collectivement, suppose que les fidèles puissent s’associer librement, sans ingérence arbitraire de l’État. En effet, l’autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection [de la liberté de religion]

De surcroît, l’un des moyens d’exercer le droit de manifester sa religion, surtout pour une communauté religieuse, dans sa dimension collective, passe par la possibilité d’assurer la protection juridictionnelle de la communauté, de ses membres et de ses biens [par. 118]

[132] Cela ne signifie pas que le droit à la liberté de religion ne peut jamais céder le pas devant un objectif de l’État dont les effets bénéfiques surpassent les effets préjudiciables au droit. La revendication d’une croyance ou obligation religieuse sincères ne met pas fin à l’analyse. Comme l’a dit la Cour européenne des Droits de l’Homme dans *Şahin* :

[Freedom of religion] does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief

In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected

. . . Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society [paras. 105, 106 and 108]

The nature of the religious right asserted will also be of relevance in balancing benefits and harms.

Section 1

[133] Section 1 of the *Charter* states:

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

[134] It is against the scope of the particular constitutional right that the government has the onus of demonstrating that a limit is justified under s. 1 in accordance with the *Oakes* test. The purpose of the *Oakes* analysis is to balance the benefits of the objective with the harmful effects of the infringement. The stages of the *Oakes* test are not watertight compartments: the principle of proportionality guides the analysis at each step. This ensures that at every stage, the importance of the objective and the harm to the right are weighed.

[135] Dickson C.J. stressed in *Oakes* that the evidence necessary to prove the constituent elements of the s. 1 inquiry "should be cogent and persuasive

[La liberté de religion] ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction

Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun

. . . Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique [par. 105, 106 et 108]

La nature du droit religieux en cause sera aussi pertinente dans la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables.

L'article premier

[133] L'article premier de la *Charte* dit :

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

[134] C'est au regard de la portée du droit constitutionnel en cause que le gouvernement doit démontrer que la restriction est justifiée au sens de l'article premier selon le test établi dans *Oakes*. L'analyse proposée dans *Oakes* a pour objet la pondération des effets bénéfiques de l'objectif et des effets préjudiciables de la restriction. Les étapes du test de l'arrêt *Oakes* ne sont pas hermétiques : le principe de la proportionnalité guide l'analyse à chacune des étapes. Cela fait en sorte que l'on soupèse, à chaque étape, l'importance de l'objectif et l'atteinte au droit.

[135] Dans *Oakes*, le juge en chef Dickson a souligné que la preuve nécessaire pour établir les éléments constitutifs requis par l'article premier « doit

and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit” (p. 138).

[136] Where, as here, the benefit to the state of the infringing measure is of limited value and the infringement is a deeply harmful one, the overall requirement of proportionality is not met.

Pressing and Substantial Objective

[137] At the first stage of the analysis, the government must demonstrate that it has a “pressing and substantial” objective that justifies the infringement of the right. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, McLachlin J. cautioned that “[c]are must be taken not to overstate the objective. The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised” (para. 144 (emphasis in original)).

[138] Alberta acknowledged that it is not attempting to justify the photo requirement on the basis that it allows for quick and efficient driver identification at the side of the road. The exemption to the photograph requirement was in place for 29 years without any demonstrably negative effects on roadside enforcement.

[139] Instead, Alberta stated that the purpose of the mandatory photo requirement was to ensure that every individual who has applied for a licence is represented in the Province’s facial recognition database. This database helps prevent an individual from applying for a licence in another person’s name. Driver’s licences are a widely accepted form of identification. False licences can be used to gain other fraudulent documentation. The objective, therefore, is to protect the integrity of the licensing system and its consequential benefit is the minimization of the risk of identity theft.

[140] I agree with the majority that this objective is an important one.

être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d’une décision d’imposer ou de ne pas imposer la restriction » (p. 138).

[136] Lorsque, comme en l’espèce, l’effet bénéfique de la mesure attentatoire a une valeur limitée et que l’atteinte est très grave, il n’est pas satisfait au critère général de la proportionnalité.

L’objectif urgent et réel

[137] À la première étape de l’analyse, le gouvernement doit démontrer qu’il poursuit un objectif « urgent et réel » qui justifie l’atteinte au droit. Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, la juge McLachlin a souligné qu’il « faut veiller à ne pas surestimer l’objectif. Aux fins d’une analyse fondée sur l’article premier, l’objectif pertinent est l’objectif de la mesure attentatoire [. . .] Si l’on formule l’objectif d’une façon trop large, on risque d’en exagérer l’importance et d’en compromettre l’analyse » (par. 144 (souligné dans l’original)).

[138] L’Alberta reconnaît qu’elle ne cherche pas à justifier la photo obligatoire par le fait qu’elle permet de vérifier rapidement et efficacement l’identité d’un conducteur en bordure de la route. Des exemptions de la photo obligatoire ont été accordées pendant 29 ans, sans effet manifestement négatif sur l’application de la loi en bordure de la route.

[139] L’Alberta affirme plutôt que le but du règlement est de faire en sorte que la photo de chaque demandeur de permis figure dans la banque de données de la province servant à la reconnaissance faciale. Cette banque de données contribue à empêcher une personne de présenter une demande de permis au nom d’une autre personne. Le permis de conduire est devenu une pièce d’identité couramment acceptée. Les faux permis peuvent servir à obtenir d’autres documents frauduleux. L’objectif consiste donc à protéger l’intégrité du système de délivrance des permis et l’effet bénéfique qui en découle est la réduction au minimum du risque de vol d’identité.

[140] Je suis d’accord avec les juges majoritaires pour dire que cet objectif est important.

Rational Connection

[141] At the “rational connection” step in the proportionality analysis, the seemingly easiest hurdle in the *Oakes* analysis, the Government must demonstrate that the infringing measure is rationally connected to the legislative goal. The connection must be established on a balance of probabilities (*RJR-MacDonald*, at para. 153; see also Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study* (1996), at p. 27).

[142] I agree with the majority that the Government has satisfied the rational connection aspect of the s. 1 analysis. As the chambers judge said (at para. 11): “The requirement of a photograph, coupled with facial recognition software, facilitates the government’s objective of ensuring that no individual will hold multiple licences under different names.” The regulations help prevent an applicant from fraudulently obtaining a licence in the name of another person whose photograph is already in the database.

Minimal Impairment

[143] Where I start to part company with the majority, with respect, is at the minimal impairment stage of the analysis. This aspect of the s. 1 analysis has attracted judicial approaches of some elasticity, reflecting an understandable desire both to be respectful of the complexity of developing public policy, while at the same time ensuring that the infringing measure meets its policy objectives no more intrusively than necessary.

[144] As McLachlin J. wrote in *RJR-MacDonald*, at para. 160, if the option chosen by the government “falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement”. However, “if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally

Le lien rationnel

[141] À l’étape de l’analyse de la proportionnalité qui porte sur l’existence d’un « lien rationnel » — le critère en apparence le plus simple du test établi dans *Oakes* —, le gouvernement doit démontrer que la mesure attentatoire a un lien rationnel avec l’objectif législatif. Ce lien doit être établi selon la prépondérance des probabilités (*RJR-MacDonald*, par. 153; voir aussi Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study* (1996), p. 27).

[142] Je suis d’accord avec les juges majoritaires pour dire que le gouvernement a satisfait au critère du lien rationnel de l’analyse requise par l’article premier. Comme l’a écrit le juge de première instance (par. 11), [TRADUCTION] « [I]a photo obligatoire, conjuguée à un logiciel de reconnaissance faciale, facilite la réalisation de l’objectif gouvernemental de faire en sorte que personne ne détienne plusieurs permis sous différents noms. » Le règlement contribue à empêcher un demandeur d’obtenir frauduleusement un permis au nom d’une personne dont la photo a déjà été versée dans la banque de données.

L’atteinte minimale

[143] C’est à l’étape de l’atteinte minimale que, soit dit en toute déférence, je me dissocie de la majorité. Les tribunaux ont fait preuve d’une certaine souplesse à cette étape de l’analyse requise par l’article premier, ce qui témoigne d’une volonté bien compréhensible de respecter la complexité de l’élaboration d’une politique, tout en veillant à ce que la mesure restrictive atteigne ses objectifs d’une façon qui ne soit pas plus attentatoire qu’il ne le faut.

[144] Comme l’a précisé la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, au par. 160, si la solution retenue par le gouvernement « se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation ». Toutefois, « si

effective measure was not chosen, the law may fail”.

[145] The government must therefore show that the measure impairs the right as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. To be characterized as minimal, the impairment must be “carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary” (*RJR-MacDonald*, at para. 160).

[146] In assessing whether Alberta’s regulation satisfies the minimal impairment stage, the majority rejects the Colony’s alternative proposal of a photoless licence stamped with an indication that it not be used for identification purposes, on the grounds that “[t]he only way to reduce that risk [of misusing driver’s licences for identity theft] as much as possible is through a universal photo requirement” and “the alternative proposed by the claimants would *significantly* compromise the government’s objective” (paras. 59-60 (emphasis in original)). But as discussed later in these reasons, there is no cogent or persuasive evidence of any such dramatic interference with the government’s objective.

[147] It is not difficult for the state to argue that only the measure it has chosen will *maximize* the attainment of the objective and that all other alternatives are substandard or less effective. And there is no doubt that the wider the use of the photographs, the greater the minimization of the risk. But at the minimal impairment stage, we do not assess whether the infringing measure fulfills the government’s objective more perfectly than any other, but whether the means chosen impair the right no more than necessary to achieve the objective.

[148] In *RJR-MacDonald*, McLachlin J. rejected a complete ban on advertising on the grounds that a full prohibition will only be constitutionally

le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide ».

[145] Le gouvernement doit donc établir que la mesure restreint le droit aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire pour réaliser l’objectif législatif. Pour que la restriction soit minimale, elle doit être « soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (*RJR-MacDonald*, par. 160).

[146] En déterminant si le règlement de l’Alberta satisfait au critère de l’atteinte minimale, la majorité rejette la solution de rechange proposée par la colonie voulant que ses membres puissent obtenir un permis sans photo avec une mention indiquant qu’il ne constitue pas une pièce d’identité valide, parce que « [l]e seul moyen de réduire le plus possible ce risque [d’utilisation à mauvais escient du permis pour la perpétration d’un vol d’identité] est la photo obligatoire universelle » et que « la solution de rechange proposée par les plaignants compromettrait *grandement* l’objectif gouvernemental » (par. 59-60 (en italique dans l’original)). Or, comme nous le verrons plus loin, aucune preuve probante ou convaincante n’établit l’existence d’un empêchement aussi grave à l’atteinte des objectifs gouvernementaux.

[147] Il n’est pas difficile pour le gouvernement de prétendre que seule la mesure qu’il a choisie permettra la réalisation *maximale* de l’objectif et que toutes les autres solutions sont insuffisantes ou moins efficaces. Il n’y a aucun doute que plus le nombre de photos utilisées est grand, plus les risques sont réduits. Cependant, à l’étape de l’atteinte minimale, nous ne déterminons pas si la mesure attentatoire permet une réalisation de l’objectif gouvernemental plus parfaite que ne le ferait toute autre mesure, mais si le moyen choisi ne limite pas le droit au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l’objectif.

[148] Dans *RJR-MacDonald*, la juge McLachlin a rejeté l’interdiction totale de la publicité parce qu’une interdiction absolue ne sera constitutionnellement

acceptable at the minimal impairment stage of the analysis if the government can show that only a full prohibition will enable it to achieve its goal. In this case, all of the alternatives presented by the government involve the taking of a photograph. This is the very act that offends the religious beliefs of the Wilson Colony members. The requirement therefore completely extinguishes the right, and is, accordingly, analogous to the complete ban in *RJR-MacDonald*. It is therefore difficult to conclude that it minimally impairs the Hutterites' religious rights.

[149] The minimal impairment stage should not, however, be seen to routinely end the s. 1 analysis. It is possible, for example, to have a law, which is not minimally impairing but may, on balance, given the importance of the government objective, be proportional. In my view, most of the heavy conceptual lifting and balancing ought to be done at the final step — proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about.

Proportionality

[150] It seems to me, with respect, that where the majority's s. 1 analysis fully flounders is in the final stage, where the negative effects of the infringement are balanced against the actual benefits derived from the legislative measure. This is the stage which "provides an opportunity to assess . . . whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*" (*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 125). The salutary effects that "actually result" from the implementation of the underlying objective must, therefore, be "proportional" to the harmful effects of the limitation on a constitutionally protected right (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 887-88; see also Jamie Cameron, "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35

acceptable, à l'étape de l'atteinte minimale, que lorsque le gouvernement peut établir que seule cette mesure lui permettra d'atteindre son objectif. En l'espèce, toutes les mesures de rechange proposées par le gouvernement exigent la prise d'une photo. Or, c'est précisément cet acte qui va à l'encontre des croyances religieuses des membres de la colonie Wilson. Cette exigence éteint donc complètement leur droit et, par conséquent, est analogue à l'interdiction absolue en cause dans *RJR-MacDonald*. On peut donc difficilement conclure qu'elle porte une atteinte minimale aux droits religieux des huttérites.

[149] Il ne faut toutefois pas systématiquement considérer l'étape de l'atteinte minimale comme celle qui conclut l'analyse requise par l'article premier. Par exemple, il est possible qu'une mesure législative ne constitue pas une atteinte minimale, mais que, somme toute, elle soit proportionnée compte tenu de l'importance de l'objectif gouvernemental. À mon avis, la majeure partie de l'analyse conceptuelle doit être faite à l'étape finale — celle de la proportionnalité. Après tout, c'est de la proportionnalité dont il est censé être question à l'article premier.

La proportionnalité

[150] Soit dit en toute déférence, il me semble que c'est à l'étape finale de l'analyse requise par l'article premier, au moment de pondérer les effets préjudiciables de l'atteinte par rapport aux effets bénéfiques réels de la mesure législative, que les juges majoritaires font irrémédiablement fausse route. C'est à cette étape que leur est fournie « l'occasion d'apprécier [. . .] si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte* » (*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 125). Les effets bénéfiques qui « résultent en fait » de la mise en application de l'objectif sous-jacent doivent donc être « proportionnels » aux effets préjudiciables de la restriction sur le droit protégé par la Constitution. (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 887-888; voir aussi Jamie Cameron, « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom

Osgoode Hall L.J. 1, at p. 66, cited by Bastarache J. in *Thomson Newspapers*, at para. 125).

[151] In *Edwards Books*, Dickson C.J. articulated the proportionality requirement as follows: the “effects [of the infringing measure] must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights” (p. 768). (See also Aharon Barak, “Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 375.)

[152] At this proportionality stage, the “comparison is . . . between the loss for the fundamental right, on the one hand, and the gain for the good protected by the law, on the other” (Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence” (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, at p. 393). It engages the following questions:

- How deeply is the right infringed?
- What is the degree to which the impugned limitation will advance its underlying objective?

[153] Justice Bastarache wrote in *Thomson Newspapers* that the deleterious effects of the measure need to be assessed in light of the “values underlying the *Charter*” (para. 125). This was the approach, in fact, first enunciated by Dickson C.J. in *Oakes*:

The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added; p. 136.]

[154] Turning to the salutary effects in this case, in my view, the government has not discharged its evidentiary burden or demonstrated that the salutary effects in these circumstances are anything more than a web of speculation (Sujit Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two

Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 66, cité par le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers*, au par. 125).

[151] Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson a énoncé le critère de la proportionnalité dans les termes suivants : les « effets [de la mesure attentatoire] ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l’objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l’atteinte aux droits » (p. 768). (Voir aussi Aharon Barak, « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 375.)

[152] À cette étape de la proportionnalité, il convient de [TRADUCTION] « comparer, d’une part, [. . .] la perte pour le droit fondamental et, d’autre part, le gain pour l’intérêt protégé par la loi » (Dieter Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, p. 393). Il faut prendre en considération les questions suivantes :

- À quel point le droit est-il atteint?
- Dans quelle mesure la restriction contestée favorisera-t-elle la réalisation de l’objectif sous-jacent?

[153] Dans *Thomson Newspapers*, le juge Bastarache a écrit que les effets préjudiciables de la mesure doivent être évalués à la lumière des « valeurs consacrées par la *Charte* » (par. 125). Cette approche correspond en fait à celle décrite initialement par le juge en chef Dickson dans *Oakes* :

Les valeurs et les principes sous-jacents d’une société libre et démocratique sont à l’origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu’une restriction d’un droit ou d’une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne; p. 136.]

[154] En ce qui concerne les effets bénéfiques en l’espèce, j’estime que le gouvernement n’a réussi ni à s’acquitter du fardeau de la preuve ni à démontrer que les effets bénéfiques dépassent en l’occurrence le simple faisceau d’hypothèses (Sujit Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? »

Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at pp. 503-4).

[155] The positive impact of the mandatory photo requirement and the use of facial recognition technology is that it is a way to help ensure that individuals will not be able to commit identity theft. But the facial recognition technology is hardly fool-proof. Joseph Mark Pendleton, Director of the Special Investigations Unit of the Alberta Ministry of Government Services, acknowledged in his affidavit on behalf of the Government of Alberta, that "facial recognition software is not so advanced that it can make a definitive determination of whether two photographs are of the same person". The software merely narrows down potentially similar faces to a manageable number. A human investigator must still "eyeball" the pictures to determine if they are the same person.

[156] There is, in fact, no evidence from the government to suggest that the Condition Code G licences in place for 29 years as an exemption to the photo requirement, caused any harm at all to the integrity of the licensing system. As a result, there is no basis for determining why the exemption is no longer feasible, or so dramatically obstructs the government's objective that it cannot be reinstated.

[157] In his affidavit, Mr. Pendleton noted that "[t]o date, we have been successful in making arrangements to accommodate the concerns of others who have religious reservations regarding a driver's licence photograph" (para. 42). The only example he provided of a problem involving a Condition Code G licence, was a "Caucasian man" who sought a Condition Code G licence, based upon his commitment to native spirituality. He was refused because he was not a member of any recognized organization or denomination that shared his beliefs. This singular example does not seem to me to represent "cogent and persuasive" evidence of the necessity of a mandatory photograph. (See also

Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 503-504).

[155] L'effet positif de la photo obligatoire et de l'utilisation de la technologie de reconnaissance faciale réside dans le fait qu'elles contribuent à empêcher des personnes de commettre un vol d'identité. Toutefois, la technologie de la reconnaissance faciale n'est pas tout à fait infaillible. Dans son affidavit produit au nom du gouvernement de l'Alberta, Joseph Mark Pendleton, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales du ministère des Services gouvernementaux de l'Alberta, reconnaît que [TRADUCTION] « le logiciel de reconnaissance faciale n'est pas perfectionné au point de pouvoir déterminer de manière concluante si la personne apparaissant sur deux photos est une seule et même personne ». Le logiciel réduit simplement le nombre de visages qui peuvent être semblables à un nombre raisonnable. Un enquêteur doit encore « jeter un œil » sur les photos pour déterminer s'il s'agit de la même personne.

[156] Le gouvernement n'a en fait produit aucune preuve indiquant que l'existence, pendant 29 ans, de permis assortis de la condition G délivrés conformément à l'exemption de photo obligatoire aurait nui à l'intégrité du système de délivrance des permis. Par conséquent, rien n'explique pourquoi l'exemption ne serait plus possible ou porterait si dramatiquement atteinte à l'objectif gouvernemental qu'elle ne peut être rétablie.

[157] Dans son affidavit, M. Pendleton a indiqué que [TRADUCTION] « [j]usqu'à maintenant, nous avons réussi à concevoir des aménagements pour répondre aux préoccupations des autres personnes qui ont des réserves d'ordre religieux concernant la photo sur le permis de conduire » (par. 42). Le seul exemple qu'il a donné d'un problème relié aux permis assortis de la condition G est celui d'un « homme caucasien » qui a demandé ce type de permis en invoquant son adhésion à la spiritualité autochtone. Sa demande a été rejetée parce qu'il n'était membre d'aucune organisation ou confession reconnue qui partageait ses croyances. Cet unique exemple ne me semble pas constituer une preuve

Bothwell v. Ontario (Minister of Transportation) (2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288 (Ont. Div. Ct.)

[158] Seven hundred thousand Albertans are without a driver's licence. That means that 700,000 Albertans have no photograph in the system that can be checked by facial recognition technology. While adding approximately 250 licence holders to the database will reduce some opportunity for identity theft, it is hard to see how it will make a significant impact on preventing it when there are already several hundred thousand unlicensed and therefore unphotographed Albertans. Since there are so many others who are not in the database, the benefit of adding the photographs of the few Hutterites who wish to drive, would be marginal.

[159] It is worth noting too that in Alberta, numerous documents are used for identity purposes, including birth certificates, social insurance cards and health cards — not all of which include a photograph. Nor has Alberta thought it necessary to introduce, for example, a universal identity card to prevent identity theft. This suggests that the risk is not sufficiently compelling to justify universality.

[160] The fact that Alberta is seemingly unengaged by the impact on identity theft of over 700,000 Albertans being without a driver's licence, makes it difficult to understand why it feels that the system cannot tolerate 250 or so more exemptions.

[161] The majority mentions two ancillary benefits of the mandatory photo requirement: the eventual harmonization of Alberta's licensing scheme with those of other jurisdictions, and assistance in roadside safety and identification. There is no reason to anticipate that any such harmonized scheme would eliminate, rather than protect, religious exemptions. And as for the benefits to roadside identification and safety, Alberta conceded that this was not

« probante et convaincante » de la nécessité de la photo obligatoire. (Voir aussi, *Bothwell c. Ontario (Minister of Transportation)* (2005), 24 Admin L.R. (4th) 288 (C. div. Ont.)

[158] Sept cent mille Albertains ne possèdent pas de permis de conduire, ce qui signifie que les photos de 700 000 personnes ne se trouvent pas dans le système et ne peuvent être vérifiées par la technologie de reconnaissance faciale. L'inclusion dans le système d'environ 250 titulaires de permis réduira quelque peu la possibilité de commettre un vol d'identité, mais il est difficile de voir comment elle pourrait avoir un effet préventif appréciable compte tenu du nombre élevé d'Albertains déjà sans permis et, par conséquent, sans photo. Étant donné qu'autant de personnes ne sont pas incluses dans la banque de données, l'ajout des photos des quelques huttérites qui désirent conduire ne produirait qu'un avantage négligeable.

[159] Il faut noter aussi que de nombreux documents servent à des fins d'identification en Alberta, y compris les certificats de naissance, les cartes d'assurance sociale et les cartes d'assurance-maladie — qui ne comportent pas tous une photo. L'Alberta n'a pas non plus jugé nécessaire d'instaurer, par exemple, une carte d'identité universelle pour prévenir le vol d'identité. Cela donne à penser que ce risque n'est pas suffisamment important pour justifier l'universalité.

[160] L'Alberta ne se souciant apparemment pas de l'incidence que peut avoir sur le vol d'identité le fait que 700 000 Albertains ne possèdent pas de permis de conduire, on comprend difficilement pourquoi elle jugerait que le système ne peut tolérer quelque 250 photos manquantes de plus.

[161] Les juges majoritaires mentionnent deux avantages accessoires de la photo obligatoire : l'harmonisation éventuelle du système albertain de délivrance des permis avec les systèmes établis à l'extérieur de la province ainsi que l'amélioration de la vérification de l'identité et de la sécurité en bordure de la route. Rien ne permet de prédire qu'un système harmonisé éliminera les exemptions fondées sur des motifs religieux, plutôt que de les préserver.

the purpose of the photo requirement and that any such benefits were minimal, as evidenced by the fact that this exemption has existed for the last 29 years without incident.

[162] The salutary effects of the infringing measure are, therefore, slight and largely hypothetical. The addition of the unphotographed Hutterite licence holders to the system seems only marginally useful to the prevention of identity theft.

[163] On the other hand, the harm to the religious rights of the Hutterites weighs more heavily. The majority assesses the Wilson Colony members' freedom of religion as being a choice between having their picture taken or not having a driver's licence which may have collateral effects on their way of life. This, with respect, is not a meaningful choice for the Hutterites.

[164] The chambers judge found that the mandatory photo requirement threatened the autonomous ability of the respondents to maintain their communal way of life, concluding that "it is essential to [the respondents'] continued existence as a community that some members operate motor vehicles" (para. 2). Conrad J.A. of the Alberta Court of Appeal similarly wrote that the "evidence shows that although the colonies attempt to be self-sufficient, certain members must drive regularly on Alberta highways in order to . . . facilitate the sale of agricultural products, purchase raw materials from suppliers, transport colony members (including children) to medical appointments, and conduct the community's financial affairs" (para. 6).

[165] This self-sufficiency was explained in *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958, where Ritchie J. wrote that "the Hutterite religious faith and doctrine permeates the whole existence of the members of any Hutterite Colony" (p. 968). Quoting the trial judge,

Pour ce qui est d'améliorer la vérification de l'identité et la sécurité en bordure de la route, l'Alberta concède que tel n'était pas le but de la photo obligatoire et que ces avantages seraient minimes, comme le démontre l'absence d'incident relié aux exemptions accordées au cours des 29 années précédentes.

[162] Les effets bénéfiques de la mesure attentatoire sont donc modestes et en grande partie hypothétiques. L'ajout dans le système des huttérites qui détiennent un permis sans photo ne serait apparemment que d'une utilité négligeable dans la prévention du vol d'identité.

[163] Par contre, les effets préjudiciables sur la liberté de religion des huttérites pèsent plus lourd dans la balance. La majorité considère la liberté de religion des membres de la colonie Wilson comme la liberté de choisir soit de se laisser photographier, soit de renoncer à un permis de conduire, ce qui risque d'avoir des effets indirects sur leur mode de vie. Je crois, en toute déférence, qu'il ne s'agit pas là d'un véritable choix pour les huttérites.

[164] Le juge de première instance a conclu que la photo obligatoire impérative menaçait la capacité des intimées de maintenir leur mode de vie communautaire car, selon lui, il [TRADUCTION] « est essentiel à la survie de leur communauté que certains de leurs membres puissent conduire des véhicules automobiles » (par. 2). La juge Conrad de la Cour d'appel de l'Alberta a écrit, de même, que [TRADUCTION] « la preuve démontre que, bien que les colonies visent l'autosuffisance, certains de leurs membres doivent conduire régulièrement sur les voies publiques en Alberta afin [. . .] de faciliter la vente des produits agricoles, d'acheter des matières premières chez les fournisseurs, de reconduire des membres de la colonie (y compris des enfants) à leurs rendez-vous médicaux et de voir aux affaires financières de la communauté » (par. 6).

[165] Cette autosuffisance a été expliquée dans l'arrêt *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958, où le juge Ritchie a écrit que « la foi et la doctrine de la religion huttérite imprègnent toute l'existence des membres de toutes les colonies huttérites » (p. 968). Il

he observed: “To a Hutterian the whole life is the Church. . . . The tangible evidence of this spiritual community is the secondary or material community around them. They are not farming just to be farming — it is the type of livelihood that allows the greatest assurance of independence from the surrounding world” (p. 968). Justice Ritchie further noted that to the colonies, “the activities of the community were evidence of the living church” (p. 969).

[166] Historians too have described the intensely self-sufficient and deeply religious nature of the Hutterian community:

The Hutterites live an austere, religiously motivated existence. Divorce, birth control, and . . . smoking and drinking are strictly forbidden. The Hutterite faithful do not bear arms, and they abstain from both voting and from holding public office. . . . But if they stand apart from the mainstream of Canadian society, by the same token they make very few demands upon it. Hutterites never become public charges: all colonies take care of their old and infirm, and most will not even accept family allowance cheques from the government. Hutterites apparently commit no serious crimes.

. . . .

. . . The Hutterites maintain a private school within each colony, and comply with the minimum standards designated by the province . . . [and pay] income tax, corporate tax, and public school tax

. . . .

By presenting so low a profile to the outside world, the Hutterites reduce the attention they attract. Their isolationism, however, makes them easy targets for local fears and apprehensions. . . .

Their separatism and their peculiarities have made the Hutterites handy scapegoats.

(Morris Davis and Joseph F. Krauter, *The Other Canadians: Profiles of Six Minorities* (1971), at pp. 89, 96, 98 and 99)

a cité le juge de première instance pour préciser que [TRADUCTION] « [p]our un Huttérite, l’Église est toute sa vie. [. . .] La preuve tangible de cette communauté spirituelle est la communauté matérielle (secondaire) qui les entoure. Ils ne cultivent pas uniquement pour cultiver, c’est le moyen d’existence qui leur garantit le plus d’indépendance vis-à-vis du monde extérieur » (p. 968). Le juge Ritchie a ajouté que, pour les colonies, « les activités de leur association sont le signe de l’Église temporelle » (p. 969).

[166] Les historiens ont aussi expliqué la nature éminemment autosuffisante et profondément religieuse de la communauté huttérite :

[TRADUCTION] Les huttérites mènent une vie austère fondée sur la religion. Le divorce, la contraception et [. . .] le tabac et l’alcool leur sont strictement interdits. Les fidèles ne portent pas d’armes et ils s’abstiennent de voter et de remplir une charge publique. [. . .] Par contre, s’ils ne se mêlent pas à l’ensemble de la société canadienne, du même coup, ils en exigent très peu. Les huttérites ne deviennent jamais un fardeau pour la société : toutes les colonies prennent soin de leurs personnes âgées et handicapées et la plupart refusent même les chèques d’allocation familiale du gouvernement. Il semble que les huttérites ne commettent aucun crime grave.

. . . .

. . . Les huttérites tiennent une école privée dans chaque colonie et respectent les normes minimales établies par la province [. . .] [et ils paient] l’impôt sur le revenu, l’impôt sur les bénéfices des sociétés et les taxes scolaires. . . .

. . . .

En demeurant aussi discrets face au monde extérieur, les huttérites attirent peu l’attention. Toutefois, leur isolationnisme leur vaut de devenir facilement la cible des craintes et des appréhensions locales. . . .

Leur façon de vivre à l’écart et différemment du reste de la population a fait des huttérites des boucs émissaires commodes.

(Morris Davis et Joseph F. Krauter, *The Other Canadians: Profiles of Six Minorities* (1971), p. 89, 96, 98 et 99)

[167] To suggest, as the majority does, that the deleterious effects are minor because the Colony members could simply arrange for third party transportation, fails to appreciate the significance of their self-sufficiency to the autonomous integrity of their religious community. When significant sacrifices have to be made to practise one's religion in the face of a state imposed burden, the choice to practise one's religion is no longer uncoerced.

[168] In *Edwards Books*, Dickson C.J. held that indirect but non-trivial burdens on religious practice are prohibited by the constitutional guarantee of freedom of religion (pp. 758-59). And in *Big M Drug Mart*, as previously noted, he highlighted "the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation" (p. 346). He also noted that

[c]oercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. [pp. 336-37]

[169] Jeremy Webber argues that the first strand of freedom of religion is freedom from coercion, including

both freedom from coerced religious observance and freedom from interference with religious observance. This was the original ground on which freedom of religion was won. It remains the heartland of the freedom.

("Understanding the Religion in Freedom of Religion", in P. Cane, C. Evans and Z. Robinson, eds., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context* (2008), 26, at p. 29)

[170] The mandatory photo requirement is a form of indirect coercion that places the Wilson Colony members in the untenable position of having to choose between compliance with their religious beliefs or giving up the self-sufficiency of their community, a community that has historically

[167] Laisser entendre, comme le fait la majorité, que les effets préjudiciables sont mineurs parce que les membres de la colonie pourraient simplement faire appel à un tiers pour leur transport ne tient pas compte de l'importance de cette autosuffisance pour l'intégrité autonome de leur communauté religieuse. Quand il faut faire des sacrifices importants pour pratiquer sa religion devant un fardeau imposé par l'État, l'absence de coercition dans le choix de pratiquer sa religion n'existe plus.

[168] Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson a conclu que les entraves indirectes, mais non négligeables, à la pratique religieuse sont prohibées en vertu de la liberté de religion garantie par la Constitution (p. 758-759). Et répétons que, dans *Big M Drug Mart*, il a souligné « la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation » (p. 346). Il a ajouté ce qui suit :

La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. [p. 336-337]

[169] Jeremy Webber prétend que le premier élément de la liberté de religion est l'absence de coercition, ce qui inclut

[TRADUCTION] à la fois l'absence de contrainte imposant l'observance d'une pratique religieuse et l'absence d'entrave à l'observance d'une pratique religieuse. C'est sur cette base que la liberté de religion a été acquise à l'origine. C'est toujours là l'essence de cette liberté.

(« Understanding the Religion in Freedom of Religion », dans P. Cane, C. Evans et Z. Robinson, dir., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context* (2008), 26, p. 29)

[170] La photo obligatoire impérative est une forme de coercition indirecte qui place les membres de la colonie Wilson dans une situation intenable où ils doivent choisir soit de rester fidèles à leurs croyances religieuses, soit de renoncer à l'autosuffisance de leur communauté, une communauté qui a

preserved its religious autonomy through its communal independence.

[171] I also have some discomfort with the majority's approach to assessing the seriousness of a religious infringement. It appears to suggest that there is a difference between the constitutional scrutiny of a government program that is "compulsory", and one that is "conditional" or a "privilege". This approach, with great respect, is troubling. It is both novel and inconsistent with the principle enunciated in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, that "once the state does provide a benefit, it is obliged to do so in a non-discriminatory manner" (para. 73).

[172] The question, it seems to me, is whether the government has acted constitutionally. This should not depend on whether it does so through a law, a regulation, or a licence. Moreover, I have difficulty understanding what is meant by a "privilege" in the context of the provision of government services. As long ago as *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, this Court recognized the profound significance a licence may have on an individual's life or livelihood and that the government is required to exercise its power in administering the licensing system in a fair and constitutional manner.

[173] The burden under s. 1 is squarely on the government. That is where it should rigorously remain throughout the *Oakes* analysis, without diminution for any reason. The majority's approach — making the right dependent on a formalistic distinction and characterization of the nature of the law — creates, even if inadvertently, a legal hierarchy attracting diminishing levels of scrutiny. This not only imperils and contradicts human rights jurisprudence, it risks presumptively shrinking the plenitude of what is captured by freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter* by tethering its scope to an artificial stratum of government action. (See McLachlin C.J., "Freedom of Religion and the Rule of Law: A Canadian Perspective", in Douglas Farrow, ed., *Recognizing Religion in a Secular Society: Essays*

toujours préservé son autonomie religieuse grâce à son indépendance communautaire.

[171] J'avoue aussi une certaine réticence à l'égard de la façon dont les juges majoritaires apprécient la gravité de l'atteinte à la liberté de religion. Elle semble sous-entendre qu'il faut examiner la validité constitutionnelle d'un programme gouvernemental « obligatoire » différemment de celle d'un programme gouvernemental « conditionnel » ou d'un « privilège ». En toute déférence, je trouve ce raisonnement troublant. Il est à la fois inédit et incompatible avec le principe énoncé dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, selon lequel « à partir du moment où l'État accorde effectivement un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination » (par. 73).

[172] À mon avis, la question à trancher est celle de savoir si l'acte gouvernemental respecte la Constitution. La réponse à cette question ne devrait pas varier selon qu'il s'agit d'une loi, d'un règlement ou d'un permis. J'ai par ailleurs du mal à comprendre ce qu'on entend par un « privilège » dans le contexte des services dispensés par le gouvernement. Dès l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, la Cour a reconnu la grande importance que peut avoir un permis pour la vie ou la subsistance d'une personne et que le gouvernement doit exercer son pouvoir de délivrance de permis de façon équitable et conforme à la Constitution.

[173] Le fardeau de la preuve exigée pour l'application de l'article premier incombe clairement au gouvernement, qui doit demeurer rigoureusement tenu de s'en acquitter à chaque étape de l'analyse décrite dans *Oakes*, sans aucun allègement, quel qu'il soit. Le raisonnement des juges majoritaires — qui assujettit le droit à une distinction et une qualification abstraites de la nature de la mesure législative — crée, même involontairement, une hiérarchie juridique correspondant à différents niveaux d'examen, d'une rigueur décroissante. Cette démarche, non seulement ébranle et contredit la jurisprudence en matière de droits de la personne, mais risque vraisemblablement de réduire la pleine portée du droit à la liberté de religion garanti à l'al. 2a) de la *Charte*, en la rattachant à une stratification artificielle de

in *Pluralism, Religion, and Public Policy* (2004), 12.)

[174] The harm to the Hutterites' *Charter* right is substantial and easily ascertainable, but, as previously noted, the benefit of requiring the Hutterites to be photographed for the purposes of reducing identity theft, is not. Hundreds of thousands of Albertans have no driver's licence and their photographs, therefore, are not available in the facial recognition database, to help minimize identity theft. It is not clear to me how having approximately 250 additional Hutterites' photographs in the database will be of any significance in enhancing the government's objective, compared to the seriousness of the intrusion into the Hutterites' religious autonomy.

[175] What we are left with is the desire to protect Albertans from the risks and costs associated with identity theft through a mandatory photo requirement, versus the cost to the Hutterites, religious and democratic, of not having their constitutional rights respected. Here, the constitutional right is significantly impaired; the "costs" to the public only slightly so, if at all.

[176] Given the disproportion in this case between the harmful effects of the mandatory photo requirement on religious freedom, compared to the minimal salutary effects of requiring photographs from the Hutterites, the government has not discharged its burden of demonstrating that the infringement is justified under s. 1. This makes the mandatory photograph requirement for driver's licences, in the absence of the availability of an exemption on religious grounds, inconsistent with s. 2(a) of the *Charter*.

[177] I would therefore dismiss the appeal, but would suspend a declaration of invalidity for one

l'action gouvernementale. (Voir la juge en chef McLachlin, « Freedom of Religion and the Rule of Law : A Canadian Perspective », dans Douglas Farrow, dir., *Recognizing Religion in a Secular Society : Essays in Pluralism, Religion and Public Policy* (2004), 12.)

[174] Le préjudice causé au droit que la *Charte* garantit aux huttérites est réel et facilement vérifiable, alors que, comme nous l'avons vu, l'avantage d'obtenir une photo des huttérites dans le but de réduire le vol d'identité ne l'est pas. Des centaines de milliers d'Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et, par conséquent, leurs photos ne figurant pas dans la banque de données servant à la reconnaissance faciale ne peuvent aider à réduire au minimum du risque de vol d'identité. Je ne saisis pas en quoi l'ajout d'environ 250 photos des huttérites dans la banque de données contribuerait de façon appréciable à l'atteinte de l'objectif gouvernemental, en comparaison de la gravité de la violation de l'autonomie religieuse des huttérites.

[175] Reste la volonté de protéger les Albertains contre les dangers et les coûts découlant du vol d'identité au moyen de la photo obligatoire impérative par opposition au coût pour les huttérites, sur le plan de la religion et de la démocratie, du non-respect de leurs droits constitutionnels. En l'espèce, l'atteinte au droit constitutionnel est substantielle, alors que les « coûts » pour le public ne le sont guère, sinon pas du tout.

[176] Vu la disproportion en l'espèce entre les effets préjudiciables de la photo obligatoire sur la liberté de religion et les effets bénéfiques minimes de l'imposition aux huttérites de l'obligation de se faire photographier, le gouvernement ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que l'atteinte est justifiée au sens de l'article premier. La photo obligatoire impérative pour les titulaires de permis de conduire, sans possibilité d'exemption pour des motifs d'ordre religieux, est donc incompatible avec l'al. 2a) de la *Charte*.

[177] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais de suspendre la déclaration

year to give Alberta an opportunity to fashion a responsive amendment.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

[178] I have read the reasons of the Chief Justice and of my colleague Justice Abella. With respect for the other view, I agree with the comments of Justice Abella on the nature of the guarantee of freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I share her opinion that the impugned regulation that limits freedom of religion has not been properly justified by the appellant under s. 1 of the *Charter*. As a result, as she proposes, I would dismiss the appeal and uphold the declaration of invalidity of the regulation that requires the members of the Hutterite Colony to have their photos taken as a condition for the renewal or issuance of a driver's licence.

[179] After a few short comments on freedom of religion, I will focus my analysis on the interpretation and application of s. 1 of the *Charter*. I have some concerns as to how the reasons of the Chief Justice structure and apply the method of justification of s. 1, in other words, the *Oakes* test, as it is now known.

A. *Freedom of Religion*

[180] The constitutional guarantee of freedom of religion has triggered a substantial amount of litigation since the coming into force of the *Charter*. The present appeal illustrates enduring difficulties in respect of its interpretation and application. Perhaps, courts will never be able to explain in a complete and satisfactory manner the meaning of religion for the purposes of the *Charter*. One might have thought that the guarantee of freedom of opinion, freedom of conscience, freedom of expression and freedom of association could very well have been sufficient to protect freedom of religion. But

d'invalidité pour une période d'un an afin de donner à l'Alberta la possibilité d'apporter une modification adaptée à la situation.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

[178] J'ai lu les motifs de la Juge en chef et ceux de ma collègue la juge Abella. Avec égards pour l'avis contraire, je suis d'accord avec les commentaires de la juge Abella sur la nature de la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je partage son opinion que le règlement contesté qui restreint la liberté de religion n'a pas été convenablement justifié par l'appelante au regard de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, comme elle le propose, je rejetterais le pourvoi et confirmerais la déclaration d'invalidité du règlement qui exige que les membres de la colonie hutterite se fassent photographier pour renouveler ou obtenir leur permis de conduire.

[179] Après avoir fait quelques brefs commentaires sur la liberté de religion, j'axerai mon analyse sur l'interprétation et l'application de l'article premier de la *Charte*. J'ai quelques préoccupations quant à la façon dont la Juge en chef structure et applique la méthode de justification requise par l'article premier ou le test de l'arrêt *Oakes*, ainsi qu'on l'appelle maintenant.

A. *La liberté de religion*

[180] La garantie constitutionnelle de la liberté de religion a donné lieu à de nombreux litiges depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le présent pourvoi fait ressortir des difficultés persistantes d'interprétation et d'application de cette garantie. Peut-être les tribunaux ne seront-ils jamais capables d'expliquer de manière complète et satisfaisante la signification de la religion pour l'application de la *Charte*. On aurait pu penser que la présence de la garantie relative à la liberté d'opinion, la liberté de conscience, la liberté d'expression et la liberté d'association aurait très bien pu suffire à protéger la liberté de religion.

the framers of the *Charter* thought fit to incorporate into the *Charter* an express guarantee of freedom of religion, which must be given meaning and effect.

[181] That decision reflects the complex and highly textured nature of freedom of religion. The latter is an expression of the right to believe or not. It also includes a right to manifest one's belief or lack of belief, or to express disagreement with the beliefs of others. It also incorporates a right to establish and maintain a community of faith that shares a common understanding of the nature of the human person, of the universe, and of their relationships with a Supreme Being in many religions, especially in the three major Abrahamic faiths, Judaism, Christianity and Islam.

[182] Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships. The present appeal signals the importance of this aspect. It raises issues about belief, but also about the maintenance of communities of faith. We are discussing the fate not only of a group of farmers, but of a community that shares a common faith and a way of life that is viewed by its members as a way of living that faith and of passing it on to future generations. As Justice Abella points out, the regulatory measures have an impact not only on the respondents' belief system, but also on the life of the community. The reasons of the majority understate the nature and importance of this aspect of the guarantee of freedom of religion. This may perhaps explain the rather cursory treatment of the rights claimed by the respondents in the course of the s. 1 analysis. I will now turn to this aspect of the case.

B. *Section 1: The Oakes Test*

[183] As set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, the *Oakes* test has stood at the core of Canadian constitutional law since the early days of the *Charter*. It has been the central issue of much *Charter* litigation. The outcome of complex cases has frequently turned on whether a limitation of a

Cependant, les auteurs de la *Charte* ayant jugé bon de protéger expressément la liberté de religion, il convient d'attribuer un sens et un effet à cette garantie.

[181] Cette décision du constituant témoigne de la complexité et de la subtilité de la liberté de religion. Elle est l'expression du droit de croire ou de ne pas croire. Elle comprend aussi le droit de manifester ses croyances ou l'absence de celles-ci, ou d'exprimer son désaccord avec les croyances d'autrui. Elle englobe en outre le droit d'établir et de maintenir une communauté, liée par une même foi, qui partage une vision commune de la nature de l'être humain, de l'univers et de leurs relations avec l'Être suprême dans plusieurs religions, surtout dans les trois grandes religions abrahamiques, soit le judaïsme, le christianisme et l'islam.

[182] La religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi des rapports religieux. Le présent pourvoi fait ressortir l'importance de cet aspect. Il soulève des questions sur les croyances, mais aussi sur le maintien des communautés organisées autour d'une même foi. Nous discutons non seulement du sort d'un groupe d'agriculteurs, mais d'une communauté qui partage la même foi et un mode de vie qui est perçu par ses membres comme une façon de vivre cette foi et de la transmettre aux générations futures. Comme le souligne la juge Abella, les mesures réglementaires ont un effet non seulement sur le système de croyances des intimées, mais aussi sur la vie de leur communauté. Les motifs de la majorité sous-estiment la nature et l'importance de cet aspect de la garantie relative à la liberté de religion. Cela peut expliquer le traitement plutôt superficiel des droits revendiqués par les intimées dans le cadre de l'analyse requise par l'article premier. Je vais maintenant examiner cet aspect de l'affaire.

B. *L'article premier : le test de l'arrêt Oakes*

[183] Le test énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, se situe au cœur du droit constitutionnel canadien depuis les débuts de la *Charte*. La plupart des poursuites fondées sur la *Charte* sont centrées sur l'application de ce test. L'issue des cas complexes repose souvent sur la question

right was justified under s. 1. In *Oakes*, our Court sought to give meaning and structure to the broad and bald affirmation, in s. 1 of the *Charter*, that constitutional rights could be limited, provided that the limitation could be justified in a manner consistent with the democratic values of Canada. Although courts have struggled in applying or interpreting it, the *Oakes* test has stood the test of time and remains a critical component of the constitutional ordering of basic rights in Canada.

[184] In the context of the values of the democratic society of Canada, courts were assigned the responsibility of final adjudication in the case of conflicts between public authorities and citizens, subject to the derogation or notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter* (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 496-97). In its own way, the *Oakes* test is yet another attempt to determine why and how a law could be found to be just and whether it should be enforced. Many centuries ago, St. Thomas Aquinas put his mind to the same question. For him, a just law was one with a legitimate purpose which relied on reasonable or proportionate means to achieve it. Proportionate burdens should be imposed on citizens (see Thomas Aquinas, *Treatise on Law* (1991), at p. 96). In more modern times, the same idea informed the drafting of the *European Convention of Human Rights*. It inspired the approach of international law in domains like the laws of war (see D. M. Weinstock, “Philosophical Reflections on the *Oakes* Test”, in L. B. Tremblay and G. C. N. Webber, eds., *The Limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes* (2009), 115, at pp. 115-16; also T. Hurka, “Proportionality in the Morality of War” (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34; G. Van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights* (2005), at pp. 23-27; M.-A. Eissen, “The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights* (1993), 125). The principle of proportionality can even be found in

de savoir si la restriction à un droit est justifiée en regard de l’article premier. Dans *Oakes*, notre Cour a voulu donner un sens et une structure à l’affirmation générale et vague qui figure à l’article premier de la *Charte*, selon laquelle les droits constitutionnels peuvent être limités dans la mesure où la restriction est justifiée en conformité avec les valeurs démocratiques du Canada. Bien que les tribunaux aient eu du mal à l’appliquer ou à l’interpréter, le test de l’arrêt *Oakes* a résisté à l’épreuve du temps et il demeure un élément essentiel de l’ordonnement constitutionnel des droits fondamentaux au Canada.

[184] Dans le contexte des valeurs de la société démocratique du Canada, les tribunaux se sont vu confier la responsabilité de trancher les conflits entre les autorités publiques et les citoyens, sous réserve de la disposition de dérogation ou d’exemption de l’art. 33 de la *Charte* (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 496-497). À sa façon, le critère de l’arrêt *Oakes* représente une autre tentative de déterminer pourquoi et en quoi une règle de droit peut être considérée équitable et s’il convient de l’appliquer. Il y a plusieurs siècles, Saint Thomas d’Aquin s’est penché sur la même question. Pour lui, une loi équitable était une loi qui poursuivait une fin légitime par des moyens raisonnables ou proportionnés. Les fardeaux imposés aux citoyens devraient être proportionnés (voir Thomas d’Aquin, *Somme théologique* (2003), t. 2, p. 606). À l’époque moderne, la même idée a présidé à la rédaction de la *Convention européenne des droits de l’homme*. Elle a inspiré l’approche adoptée en droit international dans des domaines comme le droit de la guerre (voir D. M. Weinstock, « Philosophical Reflections on the *Oakes* Test », dans L. B. Tremblay et G. C. N. Webber, dir., *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l’arrêt R. c. Oakes* (2009), 115, p. 115-116; aussi T. Hurka, « Proportionality in the Morality of War » (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34; G. Van der Schyff, *Limitation of Rights : A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights* (2005), p. 23-27; M.-A. Eissen, « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights », dans R. St. J. Macdonald, F. Matscher et H. Petzold, dir., *The*

Canadian criminal law. Self-defence, in s. 34 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for example, is predicated on the legitimacy of the purpose and the proportionality of the means used to further that purpose.

[185] The *Oakes* test belongs to this legal and philosophical tradition. In essence, it is about purpose and means: the legitimacy of the purpose and the proportionality of the means. The use of proportionate means in order to achieve legitimate purposes will justify a limitation of rights under s. 1.

[186] As is well known, the *Oakes* test imposes on the state the burden of demonstrating a pressing and substantial objective. This is the purpose part of the test. Then, the state must meet the proportionality requirements. The first requirement of the proportionality test is that there be a rational connection between the purpose and the means. This part of the test is really about the necessity or usefulness of the means in connection with the objective. A law that does not somehow contribute to advancing the stated purpose will not pass constitutional muster. The courts must then review the means themselves by asking whether the means are minimally impairing of the right in question (the “minimal impairment” test). Finally, the court will engage in a balancing of the measure’s salutary and deleterious effects (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at section 38.8; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at pp. 975-76). The reasons of the Chief Justice focus on the last part of this test in seeking to justify the impugned regulations under s. 1.

[187] It has also been said, at times, that context should be considered at the outset of the analysis in order to determine the scope of the deference of courts to government when applying the *Oakes* test (*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877). One part of this context should not be forgotten: the constitutional

European System for the Protection of Human Rights (1993), 125). Le principe de la proportionnalité se retrouve même dans le droit criminel canadien. Par exemple, la légitime défense, à l’art. 34 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s’appuie sur la légitimité de l’objectif et la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre cet objectif.

[185] Le test de l’arrêt *Oakes* s’inscrit dans cette tradition juridique et philosophique. Il concerne essentiellement l’objectif et les moyens : la légitimité de l’objectif et la proportionnalité des moyens. L’utilisation de moyens proportionnés pour atteindre des objectifs légitimes justifiera une limitation des droits selon l’article premier.

[186] Il est bien connu que le test de l’arrêt *Oakes* impose à l’État le fardeau de démontrer l’existence d’un objectif urgent et réel. Il s’agit du volet du test qui porte sur l’objectif. Ensuite, l’État doit répondre aux exigences de la proportionnalité. Le premier élément du critère de la proportionnalité exige la présence d’un lien rationnel entre l’objectif et les moyens. Cet élément du critère porte nettement sur la nécessité ou l’utilité des moyens en rapport avec l’objectif. Une règle de droit qui ne contribue pas, d’une façon ou d’une autre, à la réalisation de l’objectif déclaré ne résistera pas à l’examen constitutionnel. Les tribunaux doivent ensuite examiner les moyens eux-mêmes en se demandant s’ils portent une atteinte minimale au droit en cause (le critère de « l’atteinte minimale »). Enfin, la cour devra soupeser les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, section 38.8; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5^e éd. 2008), p. 975-976). Les motifs de la Juge en chef privilégient le dernier élément de ce critère pour justifier le règlement contesté au regard de l’article premier.

[187] Il a parfois été dit qu’il fallait examiner le contexte au début de l’analyse afin de déterminer le degré de retenue dont les tribunaux devront faire preuve envers le législateur en appliquant le test de l’arrêt *Oakes* (*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877). On ne doit pas oublier une partie de ce contexte :

context itself. The *Charter* is designed to uphold and protect constitutional rights. The justification process under s. 1 is not designed to sidestep constitutional rights on every occasion. Rather, it seeks to define and reconcile these rights with other legitimate interests or even between themselves. The burden of justification rests on the state, although I will not attempt, within the limited scope of these reasons, to delve any further into the vexed question of what is sufficient evidence or demonstration of justification. The justification process also reflects the democratic life of a state like Canada, which operates under the rule of law, in the tradition of a parliamentary government, within the framework of a federal form of government. Section 1 and the *Oakes* test are designed to reach a proper equilibrium between the rule of law, the roles of courts, Parliament or legislatures, and executives, and the democratic life of our country. In the end, when conflict does arise and cannot be resolved, courts must try to strike a proper balance between competing demands, always mindful of their place within the constitutional and political sphere.

[188] In general, courts have only rarely questioned the purpose of a law or regulation in the course of a s. 1 analysis. The threshold of justification remains quite low and laws have almost never been struck down on the basis of an improper purpose (Hogg, at section 38.9(b)). The pressing and compelling purpose test amounts to a *prima facie* review of the legitimacy of the law's objective. Its flexibility reflects the need to avoid too close questioning of the policy reasons underlying a law. Such a review would be better left to the political and parliamentary process. The flexibility of the analysis at this stage results also from the abstract nature of the purpose, which can be expressed by the courts at "various levels of generality" (Hogg, at section 38.9(a); *Thomson Newspapers*, at para. 125, *per* Bastarache J.). Since this objective is often not expressed with much clarity in the law or regulation, its identification and definition at this stage of the analysis often amount to a judicial construct based on such evidence as is available. The nature

le contexte constitutionnel en soi. La *Charte* est conçue pour défendre et protéger les droits constitutionnels. Le processus de justification prévu à l'article premier n'a pas été créé pour éviter l'application des droits constitutionnels chaque fois que l'occasion se présente. Au contraire, il vise à définir ces droits et à les concilier avec d'autres intérêts légitimes, ou même entre eux. Le fardeau de la justification incombe à l'État, mais je ne m'attarderai pas davantage, dans le cadre limité des présents motifs, sur la question épineuse de ce qui constitue une preuve ou une démonstration suffisante de la justification. Le processus de justification reflète aussi la vie démocratique d'un pays comme le Canada, soumis au principe de la primauté du droit, dans la tradition d'un gouvernement parlementaire, dans le cadre d'un gouvernement fédéral. L'article premier et le test de l'arrêt *Oakes* recherchent un juste équilibre entre la primauté du droit, les rôles des tribunaux, du Parlement ou des législatures, le pouvoir exécutif et la vie démocratique de notre pays. En définitive, lorsque survient un conflit qui ne peut être résolu, les tribunaux doivent essayer d'établir un juste équilibre entre les revendications concurrentes, en demeurant toujours conscients de leur place dans la sphère constitutionnelle et politique.

[188] De façon générale, les tribunaux ont rarement remis en cause l'objectif d'une loi ou d'un règlement dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Le seuil de justification demeure assez peu élevé et les mesures législatives n'ont à peu près jamais été invalidées en raison d'un objectif illégitime (Hogg, section 38.9b)). Le critère de l'objectif urgent et réel équivaut à un examen sommaire de la légitimité de l'objectif. Sa souplesse reflète la nécessité de ne pas évaluer trop rigoureusement les raisons de principe qui sous-tendent une mesure législative. Il vaut mieux laisser ce soin au processus politique et parlementaire. La souplesse de l'analyse à ce stade découle aussi de la nature abstraite de l'objectif, que les tribunaux peuvent exprimer à [TRADUCTION] « divers degrés de généralité » (Hogg, section 38.9a); *Thomson Newspapers*, par. 125, le juge Bastarache). Comme, souvent, la loi ou le règlement n'énonce pas très clairement cet objectif, son identification et sa définition à ce stade de l'analyse relèvent souvent d'une construction judiciaire

of this part of the *Oakes* test should caution courts against treating the purpose with undue emphasis on its sanctity throughout the proportionality analysis, when its nature and effects will have to be more closely questioned.

[189] The first part of the *Oakes* test is closely connected to the proportionality analysis. The rational connection analysis requires the courts to determine, for a start, whether the means chosen will somehow advance the stated purpose of the law. At this stage too, courts have rarely found statutes and regulations wanting (Hogg, at section 38.10(a)).

[190] This acknowledgment of the realities of constitutional adjudication does not mean that courts will or should never intervene at these earlier stages. However, this situation confirms that, after almost a quarter century of s. 1 jurisprudence, the crux of the matter lies in what may be called the core of the proportionality analysis, the minimal impairment test and the balancing of effects. It is at these stages that the means are questioned and their relationship to the law's purpose is challenged and reviewed. It is also where the purpose itself must be reassessed with regard to the means chosen by Parliament or the legislature.

[191] A constitutional scholar, Peter Hogg, has observed that s. 1 litigation really revolves around minimal impairment (at sections 38.11(a) and 38.12). There is more than a kernel of truth to this statement. It may reflect what is really happening in the course of constitutional litigation about s. 1 and the conduct of a proportionality analysis. Indeed, I believe that the proportionality analysis depends on a close connection between the final two stages of the *Oakes* test. The court's goal is essentially the same at both stages: to strike a proper balance between state action, the preservation of *Charter* rights and the protection of rights or interests that may not be guaranteed by the Constitution, but that may nevertheless be of high social value or

fondée sur la preuve disponible. La nature de cette partie du test de l'arrêt *Oakes* devrait mettre les tribunaux en garde contre l'attribution d'une importance exagérée au caractère sacré de l'objectif dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité, au cours de laquelle sa nature et ses effets seront examinés plus minutieusement.

[189] La première partie du test de l'arrêt *Oakes* est étroitement liée à l'analyse de la proportionnalité. L'analyse du lien rationnel commande aux tribunaux de déterminer d'abord si les moyens choisis contribueront de quelque façon à la réalisation de l'objectif déclaré de la mesure législative. À ce stade également, les tribunaux ont rarement jugé les lois et les règlements déficients (Hogg, section 38.10a)).

[190] Ce constat sur les décisions en matière constitutionnelle ne signifie pas que les tribunaux n'interviendront jamais aux premières étapes ou qu'ils ne devraient pas le faire. Toutefois, cette situation confirme que, après presque 25 ans d'application de l'article premier dans la jurisprudence, la clé du problème se trouve dans ce que l'on pourrait appeler le cœur de l'analyse de la proportionnalité, soit le critère de l'atteinte minimale et la pondération des effets. C'est à ces étapes que les moyens sont remis en cause et que leur lien avec l'objectif législatif est mis à l'épreuve et examiné. C'est aussi à ces stades que l'objectif en soi doit être réévalué au regard des moyens choisis par le Parlement ou la législature.

[191] Un expert en droit constitutionnel, Peter Hogg, a souligné que les litiges relevant de l'article premier portaient en réalité sur l'atteinte minimale (sections 38.11a) et 38.12). Il y a plus qu'une part de vérité dans cette affirmation. Elle rend peut-être compte de ce qui se passe vraiment dans le cadre d'un litige constitutionnel axé sur l'article premier et de l'analyse de la proportionnalité. En effet, je pense que cette analyse repose sur un lien étroit entre les deux dernières étapes du test de l'arrêt *Oakes*. Le but du tribunal est essentiellement le même aux deux étapes : établir un juste équilibre entre l'action étatique, la préservation des droits garantis par la *Charte* et la protection des droits ou des intérêts qui ne sont peut-être pas protégés par la Constitution, mais qui

importance (see *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, at paras. 65 and 72).

[192] It may be tempting to draw sharp analytical distinctions between the minimal impairment and balancing of effects parts of the *Oakes* test. But determining whether a measure limiting a right successfully meets the justification test should lead to some questioning of the purpose in the course of the proportionality analysis, to determine not only whether an alternative solution could reach the goal, but also to what extent the goal itself ought to be realized. This part of the analysis may confirm the validity of alternative, less intrusive measures.

[193] The pull toward a sharp distinction between the two steps of the proportionality analysis, minimal impairment and balancing of effects, is perhaps intensified by semantic difficulties with the minimal impairment test. Courts still use the word “minimal” to characterize the acceptable level of rights impairment, in keeping with the original language used in *Oakes*. This is a strong word that seemed to suggest that, in the justification process, the state would have to show that the measure taken was really the least intrusive possible. It would have to demonstrate that no less drastic measure could be adopted that would achieve the stated legislative purpose. A literal application of such a test might lead, in essence, to courts adopting a libertarian perspective that the state should be constrained and its powers narrowly defined and limited. This understanding of the Constitution might have put Parliament and the legislature in a straitjacket and would have crystallized constitutional arrangements essentially made up of negative rights.

[194] In practical terms, the jurisprudence of this Court confirms that minimal does not really mean minimal in the ordinary sense of the word. The *Oakes* test was quickly reinterpreted, so that the question, in the minimal impairment analysis, became whether the right was infringed “as little

possèdent toutefois une grande valeur ou importance sociales (voir *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 65 et 72).

[192] Il peut être tentant de faire de nettes distinctions analytiques entre le critère de l'atteinte minimale et l'étape de la pondération des effets du test de l'arrêt *Oakes*. Mais l'examen de la justification d'une mesure attentatoire devrait conduire à une certaine remise en question de l'objectif à l'étape de l'analyse de la proportionnalité, afin de déterminer non seulement si une solution de rechange peut permettre d'atteindre l'objectif, mais aussi dans quelle mesure l'objectif en soi doit être réalisé. Cette partie de l'analyse peut confirmer la validité d'autres mesures moins attentatoires.

[193] L'attrait d'une nette distinction entre les deux étapes de l'analyse de la proportionnalité, l'atteinte minimale et la pondération des effets, s'intensifie peut-être en raison des difficultés sémantiques associées au critère de l'atteinte minimale. Les tribunaux continuent d'employer le terme « minimal » pour définir le niveau d'atteinte acceptable, conformément au vocabulaire utilisé dans *Oakes*. Il s'agit d'un terme très fort qui semblait indiquer que l'État devrait démontrer, dans le processus de justification, que la mesure retenue était vraiment la moins attentatoire possible. Il devrait démontrer qu'il ne pouvait recourir à aucune mesure moins draconienne pour réaliser l'objectif législatif déclaré. Une application littérale d'un tel critère pourrait essentiellement amener les tribunaux à adopter une perspective libertaire suivant laquelle l'État ne devrait pas avoir de latitude et ses pouvoirs devraient être limités et définis restrictivement. Une telle interprétation de la Constitution pourrait constituer une entrave pour le Parlement et les législatures et cristalliser des arrangements constitutionnels constitués essentiellement de droits négatifs.

[194] En pratique, la jurisprudence de notre Cour confirme que le mot « minimal » ne doit pas être pris dans son sens ordinaire. Le test de l'arrêt *Oakes* a été rapidement réinterprété de sorte que, dans l'analyse de l'atteinte minimale, la question est devenue celle de savoir si la mesure choisie restreint

as is reasonably possible”, within a range of reasonable options (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772, *per* Dickson C.J.). The analysis leaves a reasonable margin of action to the state (p. 795, *per* La Forest J.). This is where we now stand, using words that, sometimes, no longer reflect the legal nature of a test.

[195] In order to determine whether the measure falls within a range of reasonable options, courts must weigh the purpose against the extent of the infringement. They must look at the range of options that are available within the bounds of a democratic Constitution. A deeper analysis of the purpose is in order at this stage of the proportionality analysis. The stated objective is not an absolute and should not be treated as a given. Moreover, alternative solutions should not be evaluated on a standard of maximal consistency with the stated objective. An alternative measure might be legitimate even if the objective could no longer be obtained in its complete integrity. At this stage of the proportionality analysis, the overall objective of the s. 1 analysis remains constant: to preserve constitutional rights, by looking for a solution that will reach a better balance, even if it demands a more restricted understanding of the scope and efficacy of the objectives of the measure. In this sense, courts must execute a holistic proportionality analysis with different legal and analytical components, which remain tightly woven.

[196] The proportionality analysis reflects the need to leave some flexibility to government in respect of the choice of means. But the review of those means must also leave the courts with a degree of flexibility in the assessment of the range of alternatives that could realize the goal, and also in determining how far the goal ought to be attained in order to achieve the proper balance between the objective of the state and the rights at stake.

[197] For all practical purposes, the reasons of the Chief Justice treat the law’s objective as if it were unassailable once the courts engage in the

le droit « aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire », à l’intérieur d’une gamme de solutions raisonnables (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772, le juge en chef Dickson). L’analyse laisse une marge de manœuvre raisonnable à l’État (p. 795, le juge La Forest). Ainsi, nous en sommes toujours à utiliser des termes qui ne reflètent parfois plus la nature juridique d’un critère.

[195] Pour déterminer si la mesure s’inscrit dans une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux doivent soupeser l’objectif par rapport à l’ampleur de l’atteinte. Ils doivent considérer les solutions possibles dans les limites d’une Constitution démocratique. Une analyse plus poussée de l’objectif s’impose à ce stade de l’analyse de la proportionnalité. L’objectif déclaré n’est pas absolu et ne devrait pas être tenu pour acquis. De plus, les solutions de rechange ne devraient pas être évaluées selon une norme de compatibilité maximale avec l’objectif déclaré. Une solution de rechange peut être légitime même si elle ne permet plus la réalisation de l’objectif dans son intégralité. À ce stade de l’analyse de la proportionnalité, l’objet global de l’analyse requise par l’article premier reste le même : protéger les droits constitutionnels en cherchant une solution qui permettra d’établir un juste équilibre, même s’il faut, pour y arriver, interpréter plus restrictivement la portée et l’efficacité des objectifs de la mesure. Dans ce sens, les tribunaux doivent effectuer une analyse globale de la proportionnalité à l’aide de composantes juridiques et analytiques, qui demeurent étroitement liées.

[196] L’analyse de la proportionnalité témoigne de la nécessité de laisser une certaine latitude au gouvernement dans le choix des mesures. Cependant, l’examen de ces mesures doit aussi laisser aux tribunaux un degré de flexibilité dans l’évaluation des solutions de rechange susceptibles de permettre la réalisation de l’objectif et la mesure dans laquelle il doit être réalisé pour produire un juste équilibre entre l’objectif de l’État et les droits en cause.

[197] Tout compte fait, dans les motifs de la Juge en chef, l’objectif de la loi est considéré comme s’il devenait inattaquable lorsque les tribunaux entament

proportionality analysis. No means that would not allow the objective to be realized to its fullest extent could be considered as a reasonable alternative. In this respect, the reasons appear inconsistent. First, para. 54 states: “*Less drastic means which do not actually achieve the government’s objective are not considered at this stage*”, i.e. the minimal impairment stage. Such an approach would severely restrict the ambit of court review of government action and would reduce it to an analysis of the alignment of means with purposes. At other times, however, I note that the reasons seem more alive to this problem. Thus, one may find in the reasons suggestions that “*achieving the objective*” might actually mean looking into whether there exists an alternative means of reaching the objective “*in a real and substantial manner*” (para. 55). What that would actually mean in practical terms may not be as clear as one could wish. Nevertheless, these words appear to signal that, even at the minimal impairment stage, the objective might have to be redefined and circumscribed.

[198] Indeed, one wonders how an objective could be satisfied in a real and substantial manner without being read down somewhat. A different approach to the interpretation and application of the *Oakes* test would seem hard to reconcile with previous pronouncements of our Court. Our recent judgment in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, offers a fine example of a different understanding of the nature of the proportionality analysis.

[199] In *Charkaoui*, our Court struck down in part, on s. 7 grounds, the security certificate regime set up under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. It accepted that the security of Canada and the protection of intelligence sources were pressing and compelling objectives. Nevertheless, the Court found that alternative measures might give sufficient protection to confidential information. Important as they were, the objectives of the law were not treated as absolute goals, which had to be realized in their perfect integrity. The objectives were recast, in fact, at a

l’analyse de la proportionnalité. Tout moyen qui ne permettrait pas de réaliser intégralement l’objectif serait exclu de la gamme des solutions raisonnables. À cet égard, les motifs semblent contradictoires. Ainsi, on lit au par. 54 que « *[l]es moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade* », c’est-à-dire au stade de l’atteinte minimale. Une telle approche limiterait considérablement la portée de l’examen judiciaire des mesures gouvernementales et la réduirait à une analyse de la concordance des mesures avec les objectifs. Toutefois, je remarque qu’ailleurs dans ses motifs la Juge en chef semble plus sensible à ce problème. Ainsi, on peut y déceler une indication que les mots « *atteindre l’objectif* », pourraient vouloir dire en fait chercher à savoir s’il existe un autre moyen d’atteindre l’objectif « *de façon réelle et substantielle* » (par. 55). Concrètement, ce que cela signifierait en réalité n’est pas aussi clair qu’on pourrait le souhaiter. Néanmoins, ce passage semble indiquer que, même au stade de l’atteinte minimale, l’objectif pourrait devoir être redéfini et circonscrit.

[198] En fait, on peut se demander comment pourrait-on atteindre un objectif de façon réelle et substantielle sans lui donner une interprétation atténuée. D’ailleurs, une approche différente de l’interprétation et de l’application du test de l’arrêt *Oakes* semblerait difficile à concilier avec les décisions antérieures de notre Cour. Notre récent arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, donne un bon exemple d’une interprétation différente de la nature de l’analyse de la proportionnalité.

[199] Dans *Charkaoui*, notre Cour a annulé en partie, sur le fondement de l’art. 7, le régime des attestations de sécurité établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Elle a accepté que la sécurité du Canada et la protection des sources de renseignement constituaient des objectifs urgents et impérieux. Néanmoins, la Cour a conclu que des solutions de rechange pourraient protéger suffisamment les renseignements confidentiels. Malgré toute leur importance, les objectifs de la loi n’ont pas été considérés comme des objectifs absolus, devant être réalisés

lower level than the state might have wished. The Court assessed the objectives, the impugned means and the alternative means together, as necessary components of a seamless proportionality analysis (paras. 85-87).

II. Conclusion

[200] As to the outcome of this case, I agree with the reasons of Justice Abella and with the substance of her views on the lack of justification for the regulation under s. 1. Religious rights are certainly not unlimited. They may have to be restricted in the context of broader social values. But they are fundamental rights protected by the Constitution. The Government of Alberta had to prove that the limitations on the religious right were justified. Like Justice Abella, I believe that the Government of Alberta has failed to demonstrate that the regulation is a proportionate response to the identified societal problem of identity theft.

[201] Moreover, the driver's licence that it denies is not a privilege. It is not granted at the discretion of governments. Every would-be driver is entitled to a licence provided that he or she meets the required conditions and qualifications. Such a licence, as we know, is often of critical importance in daily life and is certainly so in rural Alberta. Other approaches to identity fraud might be devised that would fall within a reasonable range of options and that could establish a proper balance between the social and constitutional interests at stake. This balance cannot be obtained by belittling the impact of the measures on the beliefs and religious practices of the Hutterites and by asking them to rely on taxi drivers and truck rental services to operate their farms and to preserve their way of life. Absolute safety is probably impossible in a democratic society. A limited restriction on the Province's objective of minimizing identity theft would not unduly compromise this aspect of the security of Alberta residents and might lie within the range of reasonable and constitutional alternatives. Indeed, the Province's stated purpose is not set in stone and does not need to be achieved at

dans leur intégralité. En fait, ils ont été reformulés à un niveau inférieur à celui qu'aurait pu souhaiter l'État. La Cour a apprécié ensemble les objectifs, les moyens contestés et les solutions de rechange, comme éléments nécessaires d'une analyse homogène de la proportionnalité (par. 85-87).

II. Conclusion

[200] À propos de l'issue du pourvoi, je suis d'accord avec les motifs de la juge Abella et, pour l'essentiel, avec son opinion quant à l'absence de justification du règlement au regard de l'article premier. Les droits religieux ne sont certes pas illimités. Ils peuvent devoir être limités au nom de valeurs sociales plus générales. Mais ils demeurent des droits fondamentaux protégés par la Constitution. Le gouvernement de l'Alberta devait établir que les restrictions au droit religieux étaient justifiées. Comme la juge Abella, je suis d'avis que le gouvernement de l'Alberta n'a pas réussi à démontrer que le règlement constitue une réponse proportionnée au problème social reconnu que constitue le vol d'identité.

[201] En outre, le permis de conduire que le gouvernement refuse de délivrer ne constitue pas un privilège. Il n'est pas accordé à la discrétion des gouvernements. Tout aspirant conducteur a le droit d'obtenir un permis s'il respecte les conditions nécessaires et possède les qualifications requises. Un tel permis, comme nous le savons, est souvent d'une importance capitale dans la vie quotidienne et c'est assurément le cas dans les zones rurales de l'Alberta. On pourrait concevoir d'autres solutions à la fraude d'identité qui se situeraient dans une gamme de mesures raisonnables et permettraient d'établir un juste équilibre entre les intérêts sociaux et constitutionnels en jeu. Il est impossible d'atteindre cet équilibre en minimisant les répercussions des mesures sur les croyances et pratiques religieuses des hutterites et en leur suggérant de s'en remettre aux chauffeurs de taxi et aux services de location de camions pour exploiter leurs fermes et préserver leur mode de vie. La sécurité absolue reste probablement impossible à atteindre dans une société démocratique. Restreindre de façon limitée l'objectif de la province de réduire au minimum le vol d'identité ne compromettrait pas indûment cet

all costs. The infringing measure was implemented in order to reach a hypothetical objective of minimizing identity theft, by requiring driver's licences with photos. But a small number of people carrying a driver's licence without a photo will not significantly compromise the safety of the residents of Alberta. On the other hand, under the impugned regulation, a small group of people is being made to carry a heavy burden. The photo requirement was not a proportionate limitation of the religious rights at stake.

[202] For these reasons and those of my colleague, Justice Abella, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[203] FISH J. (dissenting) — Like Justice LeBel, and for the reasons he has given, I agree with Justice Abella and would dispose of the appeal as they both suggest.

Appeal allowed, LEBEL, FISH and ABELLA JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Peterson & Purvis, Lethbridge.

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

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

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

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

aspect de la sécurité des Albertains et s'inscrirait peut-être dans la gamme des solutions de rechange raisonnables et constitutionnelles. De fait, l'objectif déclaré de la province n'est pas coulé dans le béton et n'a pas à être réalisé à tout prix. La mesure attentatoire a été mise en œuvre dans le but d'atteindre l'objectif hypothétique de réduire au minimum le vol d'identité en exigeant le permis de conduire avec photo. Mais le fait qu'un petit groupe de personnes détiennent un permis sans photo ne compromettra pas de façon importante la sécurité des Albertains. En revanche, le règlement contesté impose un lourd fardeau à un petit groupe de personnes. La photo obligatoire ne constitue donc pas une restriction proportionnée aux droits religieux en cause.

[202] Pour ces motifs et ceux de ma collègue la juge Abella, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[203] LE JUGE FISH (dissident) — À l'instar du juge LeBel, et pour les motifs qu'il expose, je suis d'accord avec la juge Abella et je suis d'avis de trancher le pourvoi comme ils le proposent.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL, FISH et ABELLA sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Alberta Justice, Edmonton.

Procureurs des intimées: Peterson & Purvis, Lethbridge.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Ministère de la Justice, Ottawa.

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

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.