

**Her Majesty The Queen and Canada
Employment and Immigration
Commission Appellants**

v.

Shalom Schachter Respondent

and

**Women's Legal Education and Action
Fund Respondent**

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec, the Attorney
General for New Brunswick, the Attorney
General of British Columbia, the Attorney
General for Saskatchewan, the Attorney
General for Alberta, the Attorney General
of Newfoundland and Minority Advocacy
Rights Council Intervenors**

INDEXED AS: SCHACHTER *v.* CANADA

File No.: 21889.

1991: December 12; 1992: July 9.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Remedies — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 32.

**Sa Majesté la Reine et la Commission de
l'emploi et de l'immigration du
Canada Appelantes**

a *c.*

Shalom Schachter Intimé

b et

**Le Fonds d'action et d'éducation juridiques
pour les femmes Intimé**

c et

**Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le procureur
général du Nouveau-Brunswick, le
procureur général de la Colombie-
Britannique, le procureur général de la
Saskatchewan, le procureur général de
l'Alberta, le procureur général de Terre-
Neuve et le Conseil de revendication des
droits des minorités Intervenants**

RÉPERTORIÉ: SCHACHTER *v.* CANADA

f Nº du greffe: 21889.

1991: 12 décembre; 1992: 9 juillet.

g Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et
McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Réparations — Prestations limitatives —
Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes presta-
tions que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971
sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi
constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal
déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24
de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer
que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations
que les parents adoptifs? — Loi constitutionnelle de
1982, art. 52(1) — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1) — Loi de 1971 sur l'assu-
rance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 32.*

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Appropriate remedy — Underinclusive benefit — Natural parents not given same benefits as adoptive parents under Unemployment Insurance Act, 1971 — Whether or not s. 52(1) of Constitution Act, 1982 required court to declare offending section of no force or effect — Whether or not s. 24 of Charter enabled court to order natural parents entitled to same benefits as adoptive parents.

Respondent's spouse received 15 weeks of maternity benefits in 1985 under s. 30 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Although respondent had intended to stay home with the newborn as soon as his spouse was able to return to work after the birth, he ultimately took three weeks off without pay. He had first applied for benefits under s. 30 in respect of the time he had to take off work, but, since s. 30 was limited to maternity benefits, modified his application to one under s. 32 for "paternity benefits". Section 32 provides for parental benefits for adoptive parents for 15 weeks following the placement of their child with them. These benefits are to be shared between the two parents in accordance with their wishes. The respondent's application was denied on the basis that he was "not available for work", a ground of disentitlement for all applicants except those applying for maternity benefits or adoption benefits.

The respondent appealed the decision to a Board of Referees. The appeal was dismissed and the respondent made a further appeal to an Umpire. This appeal was never heard as the respondent made known his intention to raise constitutional issues and it was agreed by the parties that the Federal Court, Trial Division was a better forum for resolving the constitutional issues. The trial judge found a violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 32 discriminated between natural parents and adoptive parents with respect to parental leave. He granted declaratory relief under s. 24(1) of the *Charter* and extended the same benefits to natural parents as were granted to adoptive parents under s. 32. The violation of s. 15 was subsequently ceded by appellants. The Federal Court of Appeal upheld the trial judge's decision.

The impugned provision was since amended to extend parental benefits to natural parents on the same

Droit constitutionnel — Charte des droits — Exécution — Réparation appropriée — Prestations limitatives — Parents naturels ne bénéficiant pas des mêmes prestations que les parents adoptifs en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage — L'article 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 exige-t-il que le tribunal déclare inopérant l'article incompatible? — L'article 24 de la Charte donne-t-il au tribunal le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations que les parents adoptifs?

En 1985, l'épouse de l'intimé a reçu des prestations de maternité pendant 15 semaines en vertu de l'art. 30 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage*. Bien qu'il ait eu l'intention de rester à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse pourrait retourner au travail, l'intimé a finalement pris trois semaines de congé sans traitement. Il avait tout d'abord fait une demande de prestations en vertu de l'art. 30 pour justifier son absence du travail mais, puisque l'art. 30 était limité aux prestations de maternité, il a ensuite modifié une formule de demande de «prestations de paternité» en vertu de l'art. 32. Cet article prévoit le versement de prestations aux parents adoptifs pendant 15 semaines à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. Les deux parents peuvent se partager ces prestations comme ils l'entendent. La demande de l'intimé a été refusée parce qu'il n'était pas «disponible pour travailler», motif d'exclusion pour tous les prestataires, sauf ceux faisant une demande de prestations de maternité ou d'adoption.

L'intimé a interjeté appel de la décision auprès d'un conseil arbitral. L'appel a été rejeté et l'intimé a interjeté un autre appel devant un juge-arbitre. Cet appel n'a jamais été entendu puisque l'intimé avait fait connaître son intention de soulever des questions constitutionnelles; les parties ont convenu que la Section de première instance de la Cour fédérale serait mieux placée pour résoudre les questions constitutionnelles. Le juge de première instance a conclu à une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce que l'art. 32 établit une discrimination entre les parents naturels et les parents adoptifs relativement au congé parental. Il a accordé une réparation sous forme de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1) de la *Charte* et octroyé aux parents naturels les mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32. Les apppellantes ont par la suite concédé qu'il y a eu violation de l'art. 15 de la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance.

La disposition attaquée a depuis été modifiée et prévoit maintenant que les parents naturels ont droit, selon

footing as they are provided to adoptive parents for a period totalling 10 weeks rather than the original 15.

The constitutional questions stated in this Court question: (1) whether s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* required that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, given an unequal benefit contrary to s. 15(1) of the *Charter*, be declared of no force or effect, and (2) whether s. 24(1) of the *Charter* conferred on the Federal Court Trial Division the power to order that natural parents are entitled to benefits on the same terms as benefits are available to adoptive parents under s. 32.

Held: The appeal should be allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the *Charter* provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Generally speaking, when only a part of a statute or provision violates the Constitution, only the offending portion should be declared to be of no force or effect. The doctrine of severance requires that a court define carefully the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution, and then declare inoperative (a) the inconsistent portion, and (b) such part of the remainder of which it cannot be safely assumed that the legislature would have enacted it without the inconsistent portion.

In the case of reading in, the inconsistency is defined as what the statute wrongly excludes rather than what it wrongly includes. Where the inconsistency is defined as what the statute excludes, the logical result of declaring inoperative that inconsistency may be to include the excluded group within the statutory scheme. The reach of the statute is effectively extended by way of reading in rather than reading down.

des modalités identiques, aux mêmes prestations que les parents adoptifs, pendant une période totale de 10 semaines au lieu des 15 semaines prévues initialement.

a Les questions constitutionnelles formulées en Cour suprême sont de savoir (1) si le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, parce qu'il crée un bénéfice inégal contrairement au par. 15(1) de la *Charte*, soit déclaré inopérant; et (2) si le par. 24(1) donne à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations, suivant les mêmes conditions, que celles que peuvent toucher les parents adoptifs en vertu de l'art. 32.

b *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.

c *Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin:* En règle générale, lorsque seulement une partie d'une loi ou d'une disposition viole la Constitution, seule la partie fautive devrait être déclarée inopérante. La doctrine de la dissociation exige du tribunal qu'il précise soigneusement la mesure de l'incompatibilité entre la loi en question et les exigences de la Constitution et qu'il déclare inopérantes a) la partie incompatible, ainsi que b) toute partie du reste de la loi relativement à laquelle il n'y aurait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait adoptée sans la partie incompatible.

d *Dans le cas de l'interprétation large, l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut à tort plutôt que de ce qu'elle inclut à tort. Si l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut, la déclaration d'invalidité de cette incompatibilité peut avoir pour effet logique d'inclure le groupe exclu dans le texte législatif en question. La portée de la loi est étendue par interprétation large au lieu de recevoir une interprétation atténuée.*

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not restrict the court to the verbal formula employed by the legislature in defining the inconsistency between a statute and the Constitution. Section 52 declares the law, and not the words expressing that law, to be of no force or effect to the extent of any inconsistency with the Constitution. The inconsistency can be defined as what is left out of the verbal formula as well as what is wrongly included.

The purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the legislature. In some cases, of course, it will not be a safe assumption that the legislature would have enacted the constitutionally permissible part of its enactment without the impermissible part. There reading in would not be appropriate. Just as reading in is sometimes required in order to respect the purposes of the legislature, it is also sometimes required in order to respect the purposes of the *Charter*. Reading in therefore is a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfil the purposes of the *Charter* and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation that do not themselves violate the *Charter*.

The first step in choosing a remedial course under s. 52 is to define the extent of the inconsistency which must be struck down. Usually, the manner in which the law violates the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1 will be critical to this determination.

In some circumstances, s. 52(1) mandates defining the inconsistent portion which must be struck down very broadly. This will almost always be the case where the legislation or legislative provision does not meet the first part of the *Oakes* test, in that the purpose is not sufficiently pressing or substantial to warrant overriding a *Charter* right. Where the purpose of the legislation is itself unconstitutional, the legislation should almost always be struck down in its entirety.

Where the purpose of the legislation or legislative provision is deemed to be pressing and substantial, but the means used to achieve this objective are found not to be rationally connected to it, the inconsistency to be struck down will generally be the whole of the portion of the legislation which fails the rational connection test. It matters not how pressing or substantial the objective

a L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne restreint pas le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 rend inopérantes les dispositions incompatibles d'une règle de droit et non pas les termes d'une loi. L'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort.

b L'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur. Il va sans dire que, dans certains cas, il n'y aura pas lieu de supposer que le législateur aurait adopté la partie d'une loi autorisée par la Constitution sans celle qui ne l'est pas. Dans ce cas, l'interprétation large ne conviendrait pas. S'il est parfois nécessaire de procéder par interprétation large pour assurer le respect des objectifs législatifs, il est également nécessaire parfois de procéder de cette façon pour assurer le respect des objets de la *Charte*. L'interprétation large est donc une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l'art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire *c* aux objets de la *Charte* et réduire au minimum l'ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soi ne sont pas contraires à la *Charte*.

Dans le choix d'une mesure corrective en vertu de l'art. 52, la première étape consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité qui doit être annulée. Habituellement, il sera essentiel d'examiner de quelle façon la loi en question viole la *Charte* et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier.

d Dans certaines circonstances, le par. 52(1) exige qu'on détermine d'une façon très large la partie incompatible à annuler. Cela sera presque toujours le cas si la loi ou la disposition législative ne satisfait pas à la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, en ce que l'objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Si l'objectif même de la loi est unconstitutional, cette loi doit presque toujours être annulée dans sa totalité.

i Lorsque l'on juge que l'objectif de la loi ou de la disposition législative se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, mais que les moyens choisis pour l'atteindre n'ont pas de lien rationnel avec cet objectif, l'incompatibilité à invalider sera généralement la partie de la disposition qui ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Peu importe que l'objectif de la loi se rapporte

of the legislation may be; if the means used to achieve the objective are not rationally connected to it, the objective will not be furthered by somehow upholding the legislation as it stands. Where the second and/or third elements of the proportionality test are not met, there is more flexibility in defining the extent of the inconsistency. Striking down, severing or reading in may be appropriate in cases where the second and/or third elements of the proportionality test are not met.

Having determined the extent of the inconsistency, the means of dealing with it, whether by way of severance, reading in, or striking down legislation in its entirety, must be considered.

One important distinction exists between severing and reading in. In the case of severance, the inconsistent part of the statutory provision can be defined with some precision on the basis of the requirements of the Constitution. This is not always the case with reading in. In cases where the question of how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution cannot be answered with a sufficient degree of precision on the basis of constitutional analysis, the legislature and not the courts must fill in the gaps.

In determining whether reading in is appropriate, the question is not whether courts can make decisions that impact on budgetary policy but rather to what degree they can appropriately do so. A remedy which entails an intrusion into this sphere so substantial as to change the nature of the legislative scheme in question is clearly inappropriate. The court should consider whether the significance of the part which would remain is substantially changed when the offending part is excised. The problem with striking down only the inconsistent portion is that the significance of the remaining portion may change so markedly without the inconsistent portion that the assumption that the legislature would have enacted it is unsafe.

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. The assumption that the legislature would have enacted the benefit is more often sound where the group

à des préoccupations réelles et urgentes, si les moyens utilisés pour l'atteindre n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif, le maintien en vigueur de la loi dans sa forme existante n'en favorisera pas l'atteinte. Lorsqu'une loi ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du critère de la proportionnalité, ou aux deux, on dispose d'une plus grande latitude pour déterminer quelles sont les dispositions incompatibles. Il pourrait convenir de procéder par annulation, dissociation ou interprétation large dans les cas où le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément, ou aux deux.

Un fois établie la mesure de l'incompatibilité d'une disposition, il faut se demander si la bonne réparation est la dissociation, l'interprétation large ou son annulation en totalité.

Il existe une distinction importante entre la dissociation et l'interprétation large. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. Lorsqu'il n'est pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution, il appartient aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes.

Lorsque l'on détermine s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif, la question n'est pas de savoir si les tribunaux peuvent prendre des décisions qui entraînent des répercussions de nature financière, mais bien jusqu'à quel point il est de circonstance de le faire.

De toute évidence, il ne conviendrait pas d'accorder une réparation qui entraîne un empiétement tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif en question. Le tribunal devrait se demander si le sens du texte qui reste serait grandement modifié par le retranchement des parties fautives. Le problème de l'annulation de la partie incompatible seulement est que le sens de la partie qui reste peut tellement changer en l'absence de la partie incompatible qu'il n'y a pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée.

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. La supposition que le législateur aurait adopté le bénéfice est plus souvent fondée si le groupe à ajouter est

to be added is smaller than the group originally benefitted. This assumption, however, is not necessarily safe when the group to be added is much larger than the group originally benefitted. This is not because of the numbers *per se*. Rather, the numbers may indicate that for budgetary reasons, or simply because it constitutes a marked change in the thrust of the original program, it cannot be assumed that the legislature would have passed the benefit without the exclusion.

numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires. Cette supposition n'est cependant pas nécessairement fondée si le groupe à ajouter est numériquement beaucoup plus important que le groupe initial de bénéficiaires. Ce n'est pas seulement une question de chiffres. C'est plutôt que les chiffres peuvent indiquer que, pour des motifs financiers ou simplement parce que cela constituerait un changement marqué de l'objectif du programme initial, on ne peut pas supposer que le législateur aurait adopté le bénéfice en question sans l'exclusion.

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether it is safe to assume that the legislature would have enacted the remaining portion. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted without the impermissible portion. The fact that the permissible part of a provision is encouraged by the purposes of the Constitution, even if not mandated by it, strengthens the assumption that the legislature would have enacted it without the impermissible portion.

The final step is to determine whether the declaration of invalidity of that portion should be temporarily suspended. A court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament or the provincial legislature has had an opportunity to fill the void. The question of whether to delay the effect of a declaration is an entirely separate question from whether reading in or nullification is the appropriate route under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Delayed declarations of nullity should not be seen as preferable to reading in cases where reading in is appropriate. The question whether to delay the application of a declaration of nullity should turn not on considerations of the role of the courts and the legislature but rather on considerations relating to the effect of an immediate declaration on the public.

Where s. 52 is not engaged, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* may nonetheless be available. This will be the case where the statute or provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person's *Charter* rights. Section 24(1) would there provide for an individual remedy for the person whose rights have been so infringed.

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable. Le fait que les objets de la Constitution favorisent, sans imposer, le maintien de la partie acceptable d'une disposition vient renforcer la supposition que le législateur l'aurait adoptée sans la partie inacceptable.

e La dernière étape consiste à déterminer s'il doit y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité. Un tribunal peut déclarer une loi ou une disposition législative inopérante, mais suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur fédéral ou provincial ait eu l'occasion de combler le vide. La question de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité diffère totalement de celle de savoir si l'interprétation large ou l'annulation d'un texte législatif est la solution appropriée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas être préférée à l'interprétation large lorsqu'il convient de procéder par interprétation large. La question de savoir s'il y a lieu de suspendre l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas dépendre de considérations ayant trait au rôle des tribunaux et des législateurs, mais plutôt de considérations sur l'effet d'une déclaration d'invalidité sur le public.

f Même lorsque l'application de l'art. 52 n'est pas déclenchée, il peut y avoir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cela peut se produire quand la loi ou la disposition législative n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'elle a donné lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis par la *Charte*. Le paragraphe 24(1) offre une réparation à la personne dont les droits ont été violés.

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available.

The right which was determined to be violated here is a positive right: the right to equal benefit of the law. This benefit was monetary and not one which Parliament is constitutionally obliged to provide to the included group or the excluded group. What Parliament is obliged to do, by virtue of the conceded s. 15 violation, is to equalize the provision of that benefit if it is to be provided at all. The benefit itself is not constitutionally prohibited; it is simply underinclusive. Thus striking down the provision immediately would be inappropriate as such a course of action would deprive eligible persons of a benefit without providing any relief to the respondent. Such a situation demands, at the very least, that the operation of any declaration of invalidity be suspended to allow Parliament time to bring the provision into line with constitutional requirements.

Without a mandate based on a clear legislative objective, reading the excluded group into the legislation would be imprudent. A consideration of the benefit and size of the group and of the budgetary implications of such a course of action underlined this conclusion. The appropriate action was to declare the provision invalid and suspend that declaration to allow the legislative body in question to weigh all the relevant factors in amending the legislation to meet constitutional requirements. Significantly, Parliament did amend the impugned provision after this action was launched and the amendment was not the one that reading in would have imposed.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The legislation concerned concededly violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and does not fall within the very narrow type of cases where only a portion of the legislation may be read down or corrected by reading in material as being the obvious intention of the legislature. There is a long tradition of reading down legislation and, where it substantially amounts to the same thing, reading in is possible. These devices, however, should only be employed in the clearest of cases. In light of Parliament's subsequent action, there was no

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire sera close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24.

Le droit violé en l'espèce est un droit positif: le droit au même bénéfice de la loi. Il s'agit d'un bénéfice pécuniaire, et non pas d'un bénéfice que la Constitution oblige le Parlement à verser au groupe inclus ou au groupe exclu. À la suite de la violation concédée de l'art. 15, le Parlement est tenu d'égaliser la prestation de ce bénéfice, si tant est qu'il doit y avoir prestation. Le bénéfice en soi n'est pas interdit par la Constitution; la disposition pertinente est simplement trop limitative. En conséquence, il ne serait pas approprié de procéder à l'annulation immédiate de la disposition car on priverait ainsi des personnes admissibles d'un bénéfice, sans offrir une réparation à l'intimé. Dans un tel cas, il faut tout au moins que l'effet de la déclaration d'invalidité soit suspendu pour permettre au Parlement d'harmoniser la disposition avec les exigences constitutionnelles.

En l'absence d'un mandat fondé sur un objectif législatif clair, il serait imprudent de donner à la disposition une interprétation large de manière à inclure le groupe exclu. Un examen du bénéfice et de la taille du groupe ainsi que des répercussions financières qui s'ensuivraient vient appuyer cette conclusion. La solution appropriée consistait à déclarer la disposition inopérante et à suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur concerné ait soupesé tous les facteurs pertinents dans le cadre de la modification de la loi en vue de répondre aux exigences constitutionnelles. Il est révélateur que le Parlement ait modifié la disposition attaquée par suite de la présente action et que cette modification ne soit pas celle qu'aurait imposée une interprétation large.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: On a concedé que la loi en cause viole la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle ne fait pas partie du genre très limité de causes où seule une partie de la loi peut faire l'objet d'une interprétation atténuée ou d'une correction qui introduit, par interprétation large, des éléments reflétant de toute façon l'intention évidente du législateur. L'interprétation atténuée des lois est riche d'une longue tradition et l'interprétation large est possible lorsque cela revient essentiellement au même. Cependant, on ne devrait utiliser ces techniques que dans les cas les plus clairs. Compte tenu de la mesure prise subséquemment par le Parlement, il n'était pas

reason to declare the impugned legislation invalid and then suspend that declaration.

Further dimensions to the issue of reading in and reading down require qualifications to the propositions set down as guidelines by Lamer C.J. The process of reading down or reading in should not be closely tied with the checklist set forth in *R. v. Oakes* because that might encourage a mechanistic approach rather than an examination of more fundamental issues going well beyond the factual context.

opportun de déclarer inopérante la disposition attaquée et de suspendre l'effet de cette déclaration.

D'autres dimensions de la question de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée commandent que des réserves soient apportées aux propositions que le juge en chef Lamer a énoncées comme étant des lignes directrices. L'application de l'interprétation atténuée ou de l'interprétation large ne devrait pas être liée étroitement à la liste établie dans l'arrêt *R. c. Oakes* parce qu'elle pourrait favoriser une attitude mécaniste, plutôt que l'étude de questions plus fondamentales qui se situent bien au-delà des faits.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Attorney-General of Nova Scotia v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; **referred to:** *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *Russow v. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Attorney-General of Nova Scotia c. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1989] 1 R.C.S. 30; *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. c. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1; *Russow c. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29; *Welsh c. United States*, 398 U.S. 333 (1970); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Statutes and Regulations Cited

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1).

Lois et règlements cités

Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, ch. 26, art. 42.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 24(1).

- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 542(2).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, Rule 341A [ad. SOR/79-57, s. 8].
- Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 1, 19.
- Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 30 [am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4], 32(1) [am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5].
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 542(2).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.
- Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53, art. 1, 19.
- a Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 30 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 4], art. 32(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5].
- b Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, règle 341A [aj. DORS/79-57, art. 8].

Authors Cited

- Caminker, Evan. "A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes" (1986), 95 *Yale L.J.* 1185.
- Duclos, Nitya and Kent Roach. "Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1.
- Lajoie, Andrée. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338.
- Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In R. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 129, 66 D.L.R. (4th) 635, 3 C.R.R. (2d) 337, 29 C.C.E.L. 113, 90 C.L.L.C. ¶ 14,005, 108 N.R. 123, dismissing an appeal from a judgment of Strayer J., [1988] 3 F.C. 515, 52 D.L.R. (4th) 525, 20 C.C.E.L. 301, 88 C.L.L.C. ¶ 14,021. Appeal allowed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the *Charter* provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Doctrine citée

- c Caminker, Evan. «A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes» (1986), 95 Yale L.J. 1185.*
- d Duclos, Nitya and Kent Roach. «Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*» (1991), 36 R.D. McGill 1.*
- e Lajoie, Andrée. «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 R.D. McGill 1338.*
- f Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In R. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987.*

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 129, 66 D.L.R. (4th) 635, 3 C.R.R. (2d) 337, 29 C.C.E.L. 113, 90 C.L.L.C. ¶ 14,005, 108 N.R. 123, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Strayer, [1988] 3 C.F. 515, 52 D.L.R. (4th) 525, 20 C.C.E.L. 301, 88 C.L.L.C. ¶ 14,021. Pourvoi accueilli. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.

David Sgayias, Q.C., and Roslyn J. Levine, for the appellants.

Brian G. Morgan and Lawrence E. Ritchie, for the respondent Shalom Schachter.

Mary A. Eberts and Jenifer Aitken, for the respondent Women's Legal Education and Action Fund.

Elizabeth Goldberg and Lori Sterling, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean-Yves Bernard and Madeleine Aubé, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

George H. Copley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Ross Macnab, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Stanley H. Rutwind, for the intervener the Attorney General for Alberta.

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

Emilio S. Binavince, for the intervener Minority Advocacy and Rights Council.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

LAMER C.J.—

Facts

The respondent, Shalom Schachter, and his wife, Marcia Gilbert, were expecting their second child in the summer of 1985. The respondent intended to stay home with the newborn as soon after the birth as his wife was able to return to work. Ultimately, he took three weeks off work without pay.

David Sgayias, c.r., et Roslyn J. Levine, pour les appellantes.

Brian G. Morgan et Lawrence E. Ritchie, pour l'intimé Shalom Schachter.

Mary A. Eberts et Jenifer Aitken, pour l'intimé le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Elizabeth Goldberg et Lori Sterling, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard et Madeleine Aubé, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

George H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Ross Macnab, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Stanley H. Rutwind, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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

Emilio S. Binavince, pour l'intervenant le Conseil de revendication des droits des minorités.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—

Les faits

L'intimé, Shalom Schachter, et son épouse, Marcia Gilbert, attendaient leur deuxième enfant à l'été 1985. Monsieur Schachter avait l'intention de rester à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse pourrait retourner au travail. Il a finalement pris trois semaines de congé sans traitement.

Marcia Gilbert received fifteen weeks of maternity benefits under s. 30 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 4. The respondent first applied for benefits under s. 30 in respect of the time he had to take off work, but ultimately modified an application under s. 32, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5, for "paternity benefits". This is a section which provides for parental benefits for adoptive parents for 15 weeks following the placement of their child with them. These benefits are to be shared between the two parents in accordance with their wishes. The respondent's application was denied on the basis that he was "not available for work", a ground of disentitlement for all applicants except those applying for maternity benefits or adoption benefits.

The respondent appealed the decision to a Board of Referees. The appeal was dismissed and the respondent made a further appeal to an Umpire. This appeal was never heard as the respondent made known his intention to raise constitutional issues and it was agreed by the parties that the Federal Court, Trial Division was a better forum for resolving the constitutional issues.

The matter proceeded before Strayer J. in the Federal Court, Trial Division. In written reasons, [1988] 3 F.C. 515, Strayer J. found a violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that s. 32 discriminated between natural parents and adoptive parents with respect to parental leave. He granted declaratory relief under s. 24(1), extending to natural parents the same benefits as were granted to adoptive parents under s. 32.

The appellants appealed to the Federal Court of Appeal. In written reasons dated February 16, 1990, [1990] 2 F.C. 129, the Court upheld the Trial Division's decision, Mahoney J.A. dissenting. The appeal was dismissed.

Marcia Gilbert a reçu des prestations de maternité pendant quinze semaines en vertu de l'art. 30 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 4. L'intimé avait tout d'abord fait une demande de prestations en vertu de l'art. 30 pour justifier son absence du travail, pour ensuite modifier une formule de demande de «prestations de paternité» en vertu de l'art. 32, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5. Cet article prévoit le versement de prestations aux parents adoptifs pendant quinze semaines à la suite du placement d'un enfant dans leur foyer. Les deux parents peuvent se partager ces prestations comme ils l'entendent. La demande de l'intimé a été refusée parce qu'il n'était pas «disponible pour travailler», motif d'exclusion pour tous les prestataires, sauf ceux faisant une demande de prestations de maternité ou d'adoption.

L'intimé a interjeté appel de la décision auprès d'un conseil arbitral. L'appel a été rejeté et l'intimé a interjeté un autre appel devant un juge-arbitre. Cet appel n'a jamais été entendu puisque l'intimé avait fait connaître son intention de soulever des questions constitutionnelles; les parties ont convenu que la Section de première instance de la Cour fédérale serait mieux placée pour résoudre les questions constitutionnelles.

L'affaire a été entendue par le juge Strayer de la Section de première instance de la Cour fédérale. Dans son jugement, [1988] 3 C.F. 515, le juge Strayer a conclu à une violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce que l'art. 32 établit une discrimination entre les parents naturels et les parents adoptifs relativement au congé parental. Il a accordé une réparation sous forme de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1) et octroyé aux parents naturels les mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32.

Les apppellantes ont interjeté appel à la Cour d'appel fédérale. Dans ses motifs écrits du 16 février 1990, [1990] 2 C.F. 129, la Cour a confirmé la décision de la Section de première instance; le juge Mahoney était dissident. L'appel a été rejeté.

On November 15, 1990, the appellants were granted leave to appeal to this Court.

It should be noted that the impugned provision has since been amended by Parliament to extend parental benefits to natural parents on the same footing as they are provided to adoptive parents for a period totalling 10 weeks rather than the original 15.

Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The relevant provision of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, reads as follows:

32. (1) Notwithstanding section 25 but subject to this section, initial benefit is payable to a major attachment claimant who proves that it is reasonable for that claimant to remain at home by reason of the placement with that claimant of one or more children for the purpose of adoption pursuant to the laws governing adoption in the province in which that claimant resides.

The relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* read as follows:

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

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

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

The relevant provision of the *Constitution Act, 1982* reads as follows:

Le 15 novembre 1990, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi aux appelantes.

Je tiens à signaler que le Parlement a depuis modifié la disposition attaquée, qui prévoit maintenant que les parents naturels ont droit, selon des modalités identiques, aux mêmes prestations que les parents adoptifs, pendant une période totale de 10 semaines au lieu des 15 semaines prévues initialement.

Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Voici la disposition pertinente de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*:

32. (1) Nonobstant l'article 25 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations initiales sont payables à un prestataire de la première catégorie qui fait la preuve qu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison à cause du placement auprès de lui, en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside, d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption.

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

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

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

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Voici la disposition pertinente de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Judgments Below

Federal Court, Trial Division (Strayer J.)

Strayer J. held that s. 32 denied equal benefit of the law with discrimination on the basis of parental status, thereby infringing the s. 15 rights of the respondent. No s. 1 analysis was undertaken. Having decided that there was an infringement, Strayer J. went on to consider the appropriate remedy. In his view, at p. 543, two options were available:

I could either declare section 32 to be invalid in its present form, thus denying benefits to those already within it, or I could simply declare the entitlement of natural parents to benefits equal to those now provided to adoptive parents under section 32. Counsel for the plaintiff [respondent] and for the intervenor [LEAF] argued for the latter approach, while counsel for the defendants [appellants] argued that I must, if I concluded there was unequal benefit of the law, strike down the existing benefits in section 32.

Given that Strayer J. found s. 32 to be defective, not because it provided prohibited benefits but because it was "underinclusive", he did not consider it appropriate to deprive those persons already qualified under s. 32 of their benefits. Rather, he decided to make a declaration that other persons in similar circumstances were entitled to the same benefits, until such time as Parliament amended the legislation in a way which met the requirements of s. 15. Further, he ordered that the respondent's application for benefits be reconsidered on the basis that if, apart from his status as a natural parent, he met the requirements of the section, he was entitled to benefits. Pursuant to Rule 341A (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, ad.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Les tribunaux d'instance inférieure

Section de première instance de la Cour fédérale (le juge Strayer)

Le juge Strayer a conclu que l'art. 32 déroge au principe du même bénéfice de la loi par voie de discrimination fondée sur l'état parental et porte ainsi atteinte aux droits que l'art. 15 garantit à l'intimé. Il n'a pas procédé à une analyse fondée sur l'article premier. Ayant décidé qu'il y avait eu violation, le juge a ensuite examiné la réparation appropriée. À son avis, il existe deux options (à la p. 543):

Ou bien je pourrais déclarer que l'article 32 est invalide dans sa forme actuelle, refusant ainsi des prestations à ceux qui y ont déjà droit, ou bien je pourrais déclarer que les parents naturels ont droit à des prestations égales à celles dont les parents adoptifs bénéficient sous le régime de l'article 32. Les avocats du demandeur [de l'intimé] et de l'intervenant [Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes] ont penché pour la dernière solution, alors que celui des défenderesses [appelantes] a fait valoir que si je concluais qu'il n'y avait pas même bénéfice de la loi, je devrais déclarer invalides les prestations actuelles prévues à l'article 32.

Puisque le juge Strayer a conclu que l'art. 32 est entaché de vice, non pas parce que les prestations qu'il prévoit sont interdites par la *Charte*, mais parce qu'"il ne couvre pas toutes les situations", il n'a pas jugé bon de priver les personnes visées à l'art. 32 de leurs prestations. Il a plutôt rendu un jugement déclaratoire portant que d'autres personnes, placées dans des circonstances similaires, ont droit aux mêmes prestations, jusqu'à ce que le législateur ait modifié la loi conformément aux exigences de l'art. 15. Il a également ordonné qu'on procède à un réexamen de la demande de prestations de l'intimé en tenant pour acquis que, s'il remplit par ailleurs les exigences de l'article, il a droit à des prestations. Conformément à la règle 341A des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (aj. DORS/79-57, art. 8), le juge Strayer a

SOR/79-57, s. 8), Strayer J. suspended the operation of his judgment pending appeal.

Court of Appeal (Heald J.A. for the majority)

Since the parties conceded at the outset that s. 15(1) of the *Charter* had been violated, the Court of Appeal dealt only with the jurisdiction of the trial judge to accord the remedy sought by the respondent.

Heald J.A. noted at the outset that the appellants had conceded that, had the Trial Division had the jurisdiction to grant the remedy it did, the order was "just and appropriate in the circumstances". Heald J.A. determined that the trial judge did have the jurisdiction to grant a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. He did not accept the appellants' argument that the only option which was open to the trial judge in the circumstances was to strike down the impugned provision pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. He found, at p. 137, the distinction made by the trial judge between legislation which "is unconstitutional because of what it provides and legislation which is unconstitutional because of what it omits" to be an apt one. He held that here it was permissible to have recourse to s. 24 because the impugned provision was unconstitutional solely because it was not sufficiently broad in scope. "It is the omission in this case that is unconstitutional, not the legislation itself." Therefore, in his opinion, s. 52 was not engaged.

Heald J.A. further considered the "interface" between ss. 24 and 52 when a violation of s. 15 has been found. He held, at p. 142, that:

A mere declaration of invalidity is inadequate in the circumstances at bar, because it would not guarantee the positive right conferred pursuant to subsection 15(1). That positive right can only be guaranteed by the fashioning of a positive remedy. That is precisely what the learned Trial Judge attempted to do in the decision *a quo*.

suspendu l'effet de son jugement jusqu'à l'issue de l'appel.

La Cour d'appel fédérale (le juge Heald au nom de la majorité)

Puisque les parties ont concedé d'entrée de jeu qu'il y a eu violation du par. 15(1) de la *Charte*, la Cour d'appel n'a examiné que la compétence du juge de première instance d'accorder la réparation demandée par l'intimé.

Le juge Heald a fait remarquer dès le départ que les appelantes ont concedé que, si l'on tient pour acquis que la Section de première instance a compétence pour accorder réparation, l'ordonnance rendue était «juste et appropriée dans les circonstances». Il a décidé que le juge de première instance avait la compétence requise pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il n'a pas accepté la thèse des appelantes que le seul recours du juge de première instance dans les circonstances était d'annuler la disposition attaquée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a déclaré valable, à la p. 137, la distinction faite par le juge de première instance entre les dispositions législatives qui «sont inconstitutionnelles en raison de ce qu'elles prévoient, et celles qui sont inconstitutionnelles en raison de ce qu'elles omettent». À son avis, il était possible de recourir à l'art. 24 parce que la disposition attaquée était inconstitutionnelle seulement parce qu'elle n'avait pas une portée suffisamment large. «En l'espèce, c'est l'omission qui est inconstitutionnelle, non pas la disposition elle-même.» En conséquence, il a conclu que l'art. 52 ne pouvait s'appliquer.

Le juge Heald a ensuite examiné «l'interaction» des art. 24 et 52 dans le contexte d'une violation de l'art. 15. Il a conclu, à la p. 142:

Une simple déclaration d'invalidité ne suffirait pas dans les circonstances de l'espèce, car elle ne garantirait pas le droit positif conféré en vertu du paragraphe 15(1). Ce droit positif ne peut être garanti que par l'octroi d'une réparation concrète. C'est précisément ce que le juge de première instance a tenté de faire dans la décision portée en appel.

Heald J.A. was of the view that, as the consequences of a declaration that the legislation was inoperative would be to deprive adoptive parents of the benefits granted to them by s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, this would be as much an amendment of legislation as the remedy granted by the trial judge. Heald J.A. concluded that where legislation is "underinclusive", positive relief is both warranted and constitutionally permitted through the vehicle of s. 24.

Heald J.A. was not persuaded that the jurisprudence supported the appellants' contention that the order was an appropriation of public funds for a purpose not authorized by Parliament.

Heald J.A. dismissed the appeal, upholding the judgment of the trial judge. He suspended the operation of that judgment pending appeal.

Mahoney J.A. (dissenting)

Mahoney J.A. held that the remedy granted by the trial judge was outside his jurisdiction because he had in effect amended the legislation where, by virtue of the Constitution, the sole power to legislate is reserved to Parliament.

With regard to the issue of the appropriation of funds, Mahoney J.A. was of the view that the remedy fashioned by the trial judge amounted to an appropriation of money by a court which is not permitted by the provisions of the preamble to the *Constitution Act, 1867*. He concluded, at p. 164:

Even if the power of a court to legislate by way of a subsection 24(1) remedy were found to exist in circumstances which do not entail the appropriation of public monies, no such power can be found to exist where the remedy appropriates monies from the Consolidated Revenue Fund for a purpose not authorized by Parliament. A purposive approach to remedies under subsection 24(1) cannot take a court that far.

De l'avis du juge Heald, un jugement déclaratif d'invalidité des dispositions législatives aurait pour conséquence de priver les parents adoptifs des prestations que leur accorde l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*; un tel résultat, tout comme la réparation proposée par le juge de première instance, équivaut à une modification législative. Le juge Heald a conclu qu'une loi qui ne couvre pas toutes les situations invite à une réparation concrète qui est à la fois justifiée et constitutionnellement permise par le biais de l'art. 24.

c Le juge Heald n'était pas convaincu que la jurisprudence étayait la proposition des appelantes selon laquelle l'ordonnance constituait une affectation de fonds publics à une fin non autorisée par le législateur.

d

Le juge Heald a rejeté l'appel et confirmé le jugement de première instance. Il a suspendu l'exécution du jugement jusqu'à l'issue du pourvoi.

e

Le juge Mahoney (dissident)

f Le juge Mahoney a conclu que le juge de première instance n'avait pas compétence pour accorder la réparation en question parce qu'il avait en fait modifié les dispositions législatives, alors que la Constitution confère au Parlement la compétence exclusive de légiférer.

g

h En ce qui concerne l'affectation de fonds publics, de l'avis du juge Mahoney, la réparation élaborée par le juge de première instance équivaut à une affectation de fonds par un tribunal, non autorisée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il conclut, à la p. 164:

i Même s'il était décidé qu'un tribunal est compétent à légiférer en ordonnant une réparation visée au paragraphe 24(1) dans des circonstances n'impliquant pas l'affectation de crédits publics, il ne pourrait être conclu à l'existence d'un tel pouvoir lorsque la réparation en cause affecte des argent du Trésor à des fins non autorisées par le Parlement. Une approche téléologique des réparations prévues au paragraphe 24(1) ne saurait autoriser les tribunaux à aller aussi loin.

In my opinion, the appellants are correct: the Constitution of Canada does not permit the remedy crafted by the learned Trial Judge. Having found that section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with a provision of the Constitution of Canada, the learned Trial Judge was bound to find it to be of no force and effect. Had that finding been made, the absence of any conflict between subsections 24(1) and 52(1) would be apparent. There is no offending legislation and, therefore, no subsection 24(1) remedy called for.

In my opinion, subsection 52(1) does not provide a "remedy" in any real sense of that word. It states a constitutional fact which no court can ignore when it is invoked in a proceeding and found to apply.

Mahoney J.A. would have allowed the appeal and issued a declaration pursuant to s. 52(1) that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, was of no force or effect by reason of its inconsistency with the *Charter*. He could see no compelling reason to order a stay of execution of that judgment to permit remedial legislative action.

Issues

By order dated March 14, 1991 the following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Is the Federal Court Trial Division, having found that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (subsequently s. 20 of the *Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1*) creates unequal benefit contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by making a distinction between the benefits available to natural and adoptive parents, required by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to declare that s. 32 is of no force and effect?

2. Does s. 24(1) of the *Charter* confer on the Federal Court Trial Division the power to order that natural parents are entitled to benefits on the same terms as benefits are available to adoptive parents under s. 32 (subsequently s. 20) of that Act?

À mon sens, les prétentions des appelantes sont fondées: la Constitution du Canada n'autorise pas la réparation élaborée par le juge de première instance. Ayant conclu à l'incompatibilité de l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* avec une disposition de la Constitution canadienne, le juge de première instance était obligé de déclarer cet article inopérant. Si cette conclusion avait été prise, l'absence de conflit entre les paragraphes 24(1) et 52(1) serait évidente. Comme il n'existe aucune disposition législative incompatible, aucune réparation fondée sur le paragraphe 24(1) ne doit être prononcée.

Selon mon opinion, le paragraphe 52(1) n'offre pas de «réparation» au sens réel du terme. Il expose une réalité constitutionnelle dont un tribunal ne peut omettre de tenir compte lorsqu'elle est invoquée et considérée comme applicable dans le cadre d'une instance.

Le juge Mahoney aurait accueilli l'appel et déclaré, conformément au par. 52(1), que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est inopérant en raison de son incompatibilité avec la *Charte*. À son avis, il n'existe aucun motif impératif de suspendre l'exécution du jugement pour permettre l'adoption de dispositions législatives correctives.

Les questions en litige

Dans une ordonnance en date du 13 mars 1991, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

- g 1. Puisqu'elle a conclu que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (par la suite l'art. 20 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1) crée un bénéfice inégal contrairement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il établit une distinction entre les prestations que peuvent toucher les parents naturels et les parents adoptifs, la Section de première instance de la Cour fédérale est-elle tenue par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* de déclarer que l'art. 32 est inopérant?

- i 2. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* donne-t-il à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations, suivant les mêmes conditions, que celles que peuvent toucher les parents adoptifs en vertu de l'art. 32 (par la suite l'art. 20) de la *Loi*?

Analysis

I find it appropriate at the outset to register the Court's dissatisfaction with the state in which this case came to us. Despite the fact that *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, was handed down in between the trial and appeal of this matter, the appellants chose to concede a s. 15 violation and to appeal only on the issue of remedy. This precludes this Court from examining the s. 15 issue on its merits, whatever doubts might or might not exist about the finding below. Further, the appellants' choice not to attempt a justification under s. 1 at trial deprives the Court of access to the kind of evidence that a s. 1 analysis would have brought to light.

All of the above essentially leaves the Court in a factual vacuum with respect to the nature and extent of the violation, and certainly with respect to the legislative objective embodied in the impugned provision. This puts the Court in a difficult position in attempting to determine what remedy is appropriate in the present context.

I. *Reading in as a Remedial Option under Section 52*

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the *Charter* which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only "to the extent of the inconsistency". Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in. In addition, s. 24 of the *Charter* extends to any court of competent jurisdiction the power to grant an "appropriate and just" remedy to "[a]nyone whose [Charter] rights and freedoms ... have been infringed or denied". In choosing how to apply s. 52 or s. 24 a

Analyse

Je trouve opportun de mentionner dès le départ que notre Cour n'est pas du tout satisfaite de la façon dont elle a été saisie du présent pourvoi. Bien que l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, ait été rendu entre le moment du procès et celui de l'audition de l'appel de la présente affaire, les appelantes ont décidé de concéder qu'il y avait eu violation de l'art. 15 et d'interjeter appel seulement quant à la question de la réparation. Notre Cour ne peut donc examiner quant au fond la question soulevée par l'art. 15, quels que puissent être ses doutes, le cas échéant, quant à la conclusion des tribunaux d'instance inférieure. En outre, comme les appelantes n'ont pas tenté en première instance d'établir une justification fondée sur l'article premier, notre Cour ne dispose pas des éléments de preuve qui auraient été présentés dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier.

Notre Cour se trouve donc essentiellement devant un vide factuel en ce qui concerne d'une part la nature et l'étendue de la violation et tout particulièrement d'autre part l'objectif législatif de la disposition attaquée. Il est donc difficile pour notre Cour de tenter de déterminer quelle est la réparation appropriée dans le présent contexte.

I. *L'interprétation large comme mesure corrective en vertu de l'article 52*

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large. En outre, en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, tout tribunal compétent peut octroyer à «[t]oute personne, victime de violation ou de négligence des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte» la «réparation» qu'il estime «conve-

court will determine its course of action with reference to the nature of the violation and the context of the specific legislation under consideration.

A. The Doctrine of Severance

The flexibility of the language of s. 52 is not a new development in Canadian constitutional law. The courts have always struck down laws only to the extent of the inconsistency using of the doctrine of severance or "reading down". Severance is used by the courts so as to interfere with the laws adopted by the legislature as little as possible. Generally speaking, when only a part of a statute or provision violates the Constitution, it is common sense that only the offending portion should be declared to be of no force or effect, and the rest should be spared.

Far from being an unusual technique, severance is an ordinary and everyday part of constitutional adjudication. For instance if a single section of a statute violates the Constitution, normally that section may be severed from the rest of the statute so that the whole statute need not be struck down. To refuse to sever the offending part, and therefore declare inoperative parts of a legislative enactment which do not themselves violate the Constitution, is surely the more difficult course to justify.

Furthermore, as Rogerson has pointed out (in "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness" in Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987) at pp. 250-52), it is logical to expect that severance would be a more prominent technique under the *Charter* than it has been in division of powers cases. In division of powers cases the question of constitutional validity often turns on an overall examination of the pith and substance of the legislation rather than on an examination of the effects of particular portions of the legislation on individual rights. Where a statute violates the division of powers, it tends to do so as a whole. This is

nable et juste». Lorsqu'il choisit la façon dont il appliquera l'art. 52 ou l'art. 24, un tribunal doit déterminer les mesures qu'il prendra eu égard à la nature de la violation et au contexte de la loi visée.

a

A. La doctrine de la dissociation

La souplesse du libellé de l'art. 52 n'a rien de nouveau en droit constitutionnel canadien. Les tribunaux n'ont toujours annulé que les dispositions incompatibles des lois en appliquant la doctrine de la dissociation ou de «l'interprétation atténuée». Les tribunaux ont recours à la dissociation de façon à s'ingérer le moins possible dans les lois adoptées par le corps législatif. En règle générale, lorsque seulement une partie d'une loi ou d'une disposition viole la Constitution, il est logique de déclarer inopérante seulement la partie fautive et de maintenir en vigueur le reste du texte.

Loin d'être une technique inhabituelle, la dissociation est une pratique courante en matière constitutionnelle. Par exemple, dans le cas où un seul article d'une loi viole la Constitution, on peut normalement retrancher cet article du reste de la loi afin de ne pas avoir à annuler l'ensemble de la loi. Refuser de retrancher la partie fautive, et en conséquence déclarer inopérantes les dispositions d'une loi qui en soi ne violent pas la Constitution, est certainement le choix le plus difficile à justifier.

b

Par ailleurs, comme l'a fait remarquer Rogerson («The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness» dans Sharpe, dir., *Charter Litigation* (1987) aux pp. 250 à 252), il est logique de s'attendre que la technique de la dissociation soit utilisée plus fréquemment dans les différends fondés sur la *Charte* que dans ceux portant sur le partage des compétences. En matière de partage des compétences, la question de la constitutionnalité nécessite souvent un examen global du caractère véritable de la loi plutôt qu'un examen des répercussions de certaines parties de la loi sur les droits individuels. Lorsqu'une loi porte atteinte au partage des compétences, l'atteinte se retrouve généralement dans l'ensemble de la loi. La situa-

not so of violations of the *Charter* where the offending portion tends to be more limited.

Where the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized. However, there are some cases in which to sever the offending portion would actually be more intrusive to the legislative purpose than the alternate course of striking down provisions which are not themselves offensive but which are closely connected with those that are. This concern is reflected in the classic statement of the test for severance in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, at p. 518:

The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires at all.

This test recognizes that the seemingly laudable purpose of retaining the parts of the legislative scheme which do not offend the Constitution rests on an assumption that the legislature would have passed the constitutionally sound part of the scheme without the unsound part. In some cases this assumption will not be a safe one. In those cases it will be necessary to go further and declare inoperative portions of the legislation which are not themselves unsound.

Therefore, the doctrine of severance requires that a court define carefully the extent of the inconsistency between the statute in question and the requirements of the Constitution, and then declare inoperative (a) the inconsistent portion, and (b) such part of the remainder of which it cannot be safely assumed that the legislature would have enacted it without the inconsistent portion.

tion n'est pas la même dans le cas des violations de la *Charte*, la partie fautive se trouvant généralement plus circonscrite.

^a Si la partie irrégulière d'une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie. On peut ainsi réaliser autant que possible l'objectif législatif. ^b Toutefois, dans certains cas, la dissociation de la partie fautive sera plus attentatoire à l'objectif législatif que l'annulation possible des dispositions qui ne sont pas fautives, mais qui sont étroitement liées à celles qui le sont. Cette préoccupation se reflète dans l'énoncé classique du critère applicable en cas de dissociation mentionné dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, à la p. 518:

^d

[TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment, ou comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est ultra vires.

^f Ce critère fondé sur l'objet apparemment louable du maintien des parties constitutionnelles de la loi repose sur la supposition que le législateur aurait adopté la partie constitutionnelle de la loi en question sans la partie inconstitutionnelle. Dans certains cas, cette supposition ne sera pas fondée. Il sera alors nécessaire de déclarer inopérantes des parties de la loi qui ne sont pas en soi invalides.

^h

ⁱ En conséquence, la doctrine de la dissociation exige du tribunal qu'il précise soigneusement la mesure de l'incompatibilité entre la loi en question et les exigences de la Constitution et qu'il déclare inopérantes a) la partie incompatible, ainsi que b) toute partie du reste de la loi relativement à laquelle il n'y aurait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait adoptée sans la partie incompatible.

^j

B. Reading In as Akin to Severance

This same approach should be applied to the question of reading in since extension by way of reading in is closely akin to the practice of severance. The difference is the manner in which the extent of the inconsistency is defined. In the usual case of severance the inconsistency is defined as something improperly included in the statute which can be severed and struck down. In the case of reading in the inconsistency is defined as what the statute wrongly excludes rather than what it wrongly includes. Where the inconsistency is defined as what the statute excludes, the logical result of declaring inoperative that inconsistency may be to include the excluded group within the statutory scheme. This has the effect of extending the reach of the statute by way of reading in rather than reading down.

A statute may be worded in such a way that it gives a benefit or right to one group (inclusive wording) or it may be worded to give a right or benefit to everyone except a certain group (exclusive wording). It would be an arbitrary distinction to treat inclusively and exclusively worded statutes differently. To do so would create a situation where the style of drafting would be the single critical factor in the determination of a remedy. This is entirely inappropriate. Rowles J. made this point in *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (B.C.S.C.), at p. 388:

As stated previously, once a person has demonstrated that a particular law infringes his or her *Charter* rights, the manner in which the law is drafted or stated ought to be irrelevant for the purposes of a constitutional remedy. To hold otherwise would result in a statutory provision dictating the interpretation of the Constitution. Further, where B's *Charter* right to a[n equal] benefit is demonstrated, it is immaterial whether the subject law states : (1) A benefits; or (2) Everyone benefits except B.

The first example would require the court to "read in" the words "and B," while the second example would

B. L'interprétation large et la dissociation

La même analyse devrait être appliquée à la question de l'interprétation large car l'élargissement de la portée d'un texte par interprétation large ressemble étroitement à la pratique de la dissociation. Les deux techniques diffèrent quant à la façon de déterminer la mesure de l'incompatibilité. Dans le cas habituel de la dissociation, l'incompatibilité est généralement considérée comme une chose que la loi inclut à tort, et qui peut en être dissociée et annulée. Dans le cas de l'interprétation large, l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut à tort plutôt que de ce qu'elle inclus à tort. Si l'incompatibilité découle de ce que la loi exclut, la déclaration d'invalidité de cette incompatibilité peut avoir pour effet logique d'inclure le groupe exclu dans le texte législatif en question. La portée de la loi est ainsi étendue par interprétation large au lieu de recevoir une interprétation atténuée.

On peut libeller une loi de façon à conférer un bénéfice ou un droit à un groupe (par inclusion) ou à tous sauf un certain groupe (par exclusion). Ce serait faire une distinction arbitraire que de traiter différemment ces deux genres de dispositions. On créerait ainsi une situation où le style de rédaction serait le seul critère critique dans la détermination d'une réparation. Cela est tout à fait inopportun. Le juge Rowles a fait remarquer ce qui suit dans l'arrêt *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.C.-B.), à la p. 388:

[TRADUCTION] Comme mentionné, lorsqu'une personne a établi qu'une loi particulière porte atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, la façon dont la loi est rédigée ou libellée ne devrait pas être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer la réparation fondée sur la Constitution. Prétendre le contraire serait établir une disposition législative prescrivant l'interprétation de la Constitution. Par ailleurs, lorsque le droit de B au [même] bénéfice en vertu de la *Charte* est établi, il importe peu que la loi visée précise: (1) que A a droit aux bénéfices; ou (2) que tous ont droit aux bénéfices, sauf B.

Dans le premier cas, le tribunal devrait donner une «interprétation large» au libellé de la loi afin d'inclure

require the court to "strike out" the words "except B." In each case, the result would be identical.

Accordingly, whether a court "reads in" or "strikes out" words from a challenged law, the focus of the court should be on the appropriate remedy in the circumstances and not on the label used to arrive at the result.

There is nothing in s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to suggest that the court should be restricted to the verbal formula employed by the legislature in defining the inconsistency between a statute and the Constitution. Section 52 does not say that the words expressing a law are of no force or effect to the extent that they are inconsistent with the Constitution. It says that a law is of no force or effect to the extent of the inconsistency. Therefore, the inconsistency can be defined as what is left out of the verbal formula as well as what is wrongly included.

This Court implicitly recognized that the extent of the inconsistency can be defined in substantive, rather than merely verbal, terms in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*. In *Andrews* the statute (*Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42*) dictated that only Canadian citizens could become lawyers in the following words:

42. The benchers may call to the Bar of the Province and admit as solicitor of the Supreme Court

(a) a Canadian citizen with respect to whom they are satisfied that he . . .

The Court found that the exclusion of non-citizens violated the right to equality. Instead of striking down the entire section so that everyone would be equally prevented from becoming a lawyer, only the requirement of Canadian citizenship was declared inoperative. However, the section does not make any sense if the words "a Canadian citizen" are deleted and there is, in fact, no way of simply deleting words that would make the section conform to the requirements of the *Charter*.

«B»; dans le second, le tribunal devrait «retrancher» les termes «sauf B». Dans les deux cas, le résultat serait le même.

En conséquence, que le tribunal donne une «interprétation large» à une loi contestée ou décide d'en «retrancher» les parties fautives, il doit mettre l'accent sur la réparation appropriée dans les circonstances et non sur la qualification de la réparation utilisée pour arriver au résultat.

b

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas pour effet de restreindre le tribunal à l'examen du libellé employé par le législateur lorsqu'il détermine l'incompatibilité entre une loi et la Constitution. L'article 52 ne précise pas que les termes d'une loi qui sont incompatibles avec la Constitution sont inopérants. Il précise que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Par conséquent, l'incompatibilité peut s'entendre tant de ce qui a été omis du libellé de la loi que de ce qui y a été inclus à tort.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, notre Cour a implicitement reconnu que la mesure de l'incompatibilité peut être déterminée par rapport au fond d'une loi plutôt que seulement par rapport à son libellé. Dans cet arrêt, la loi visée (*Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, ch. 26, art. 42*) prévoyait que seulement des citoyens canadiens pouvaient devenir avocats, dans les termes suivants:

42. [TRADUCTION] Les membres du conseil du barreau peuvent inscrire au barreau de la province et admettre à titre de procureur de la Cour suprême

a) un citoyen canadien dont ils sont convaincus qu'il . . .

Notre Cour a statué que l'exclusion de personnes n'ayant pas la citoyenneté canadienne portait atteinte au droit à l'égalité. Au lieu d'annuler l'article au complet et d'empêcher ainsi quiconque de devenir avocat, notre Cour a déclaré inopérante seulement l'obligation d'être citoyen canadien. Toutefois, l'article n'a pas de sens si l'on supprime l'expression «un citoyen canadien»; en fait, il n'existe aucun moyen de supprimer simplement des mots afin de rendre l'article compatible avec

j

Instead of focusing on these verbal formulae, the Court nullified the substantive citizenship requirement which could be said to amount to extending the statute to cover non-Canadians. Thus, *Andrews* is already an example of a case in which the extent of the inconsistency was defined conceptually without being limited to the manner in which the statute was drafted.

les exigences de la *Charte*. Au lieu de s'en tenir à cette expression, notre Cour a invalidé l'obligation de fond d'être citoyen canadien, ce qui revient à élargir la portée de la loi afin d'inclure les non- Canadiens. L'arrêt *Andrews* constitue donc déjà un cas où l'étendue de l'incompatibilité a été déterminée de façon conceptuelle et non seulement par rapport au libellé de la loi.

C. The Purposes of Reading In and Severance

(i) Respect for the Role of the Legislature

The logical parallels between reading in and severance are mirrored by their parallel purposes. Reading in is as important a tool as severance in avoiding undue intrusion into the legislative sphere. As with severance, the purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the Legislature. Rogerson makes this observation at p. 288:

C. L'objet de l'interprétation large et de la dissociation

c (i) Respect du rôle du législateur

Le parallélisme logique qui existe entre l'interprétation large et la dissociation s'étend également à leurs objectifs. L'interprétation large est un moyen aussi important que la dissociation pour empêcher un empiétement injustifié sur le domaine législatif. À l'instar de la dissociation, l'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur. Rogerson fait l'observation suivante à la p. 288:

Courts should certainly go as far as required to protect rights, but no further. Interference with legitimate legislative purposes should be minimized and laws serving such purposes should be allowed to remain operative to the extent that rights are not violated. Legislation which serves desirable social purposes may give rise to entitlements which themselves deserve some protection.

f [TRADUCTION] Les tribunaux devraient certainement aller aussi loin que nécessaire pour assurer la protection des droits, mais pas davantage. L'empiétement sur les objets légitimes devrait être réduit au minimum et les lois devraient demeurer opérantes dans la mesure où il n'y a pas violation de droits. Une loi qui sert des fins sociales souhaitables peut être constitutive de droits qui méritent une certaine protection.

Of course, reading in will not always constitute the lesser intrusion for the same reason that severance sometimes does not. In some cases, it will not be a safe assumption that the legislature would have enacted the constitutionally permissible part of its enactment without the impermissible part. For example, in a benefits case, it may not be a safe assumption that the legislature would have enacted a benefits scheme if it were impermissible to exclude particular parties from entitlement under that scheme.

h Il va sans dire que l'interprétation large ne sera pas toujours la mesure moins attentatoire, pour le même motif que la dissociation ne l'est parfois pas. Dans certains cas, il n'y aura pas lieu de supposer que le législateur aurait adopté la partie d'une loi autorisée par la Constitution sans celle qui ne l'est pas. Par exemple, dans le cas d'une affaire de prestations, on pourrait ne pas considérer comme fondée la supposition que le législateur aurait adopté le régime en question s'il n'avait pas pu exclure certaines personnes du droit à ces prestations.

(ii) Respect for the Purposes of the *Charter*

Just as reading in is sometimes required in order to respect the purposes of the legislature, it is also sometimes required in order to respect the purposes of the *Charter*. The absolute unavailability of reading in would mean that the standards developed under the *Charter* would have to be applied in certain cases in ways which would derogate from the deeper social purposes of the *Charter*. This point has been made well by Duclos' and Roach's article "Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*" (1991), 36 *McGill L.J.* 1, and by Caminker's article "A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes" (1986), 95 *Yale L.J.* 1185. Their argument is that even in situations where the standards of the *Charter* allow for more than one remedial response, the purposes of the *Charter* may encourage one kind of response more strongly than another.

This is best illustrated by the case of *Attorney-General of Nova Scotia v. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (N.S.C.A.). In that case, a form of welfare benefit was available to single mothers but not single fathers. This was held to violate s. 15 of the *Charter* since benefits should be available to single mothers and single fathers equally. However, the court held that s. 15 merely required equal benefit, so that the *Charter* would be equally satisfied whether the benefit was available to both mothers and fathers or to neither. Given this and the court's conclusion that it could not extend benefits, the only available course was to nullify the benefits to single mothers. The irony of this result is obvious.

Perhaps in some cases s. 15 does simply require relative equality and is just as satisfied with equal graveyards as equal vineyards, as it has sometimes been put (see Caminker, at p. 1186). Yet the nulli-

(ii) Respect des objets de la *Charte*

S'il est parfois nécessaire de procéder par interprétation large pour assurer le respect des objectifs législatifs, il est également nécessaire parfois de procéder de cette façon pour assurer le respect des objets de la *Charte*. L'inapplicabilité absolue de l'interprétation large signifierait que les normes élaborées en vertu de la *Charte* devraient, dans certains cas, être appliquées d'une façon qui dérogerait aux objets sociaux fondamentaux de la *Charte*. Ce point a été bien exposé dans l'article de Duclos et Roach intitulé: «Constitutional Remedies as 'Constitutional Hints': A Comment on *R. v. Schachter*» (1991), 36 *R.D. McGill* 1 et dans l'article de Caminker intitulé: «A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes» (1986), 95 *Yale L.J.* 1185. Selon ces auteurs, même dans les cas où les critères de la *Charte* permettent plus d'une réparation, les objets de la *Charte* pourraient bien favoriser un type de réponse plutôt qu'un autre.

L'arrêt *Attorney-General of Nova Scotia c. Phillips* (1986), 34 D.L.R. (4th) 633 (C.A.N.-É.) illustre fort bien ce point. Dans cette affaire, la plainte portait sur le fait que les mères célibataires avaient droit à un certain type de prestations d'aide sociale, mais pas les pères célibataires. La cour a statué que ces prestations étaient contraires à l'art. 15 de la *Charte* puisqu'elles auraient dû être accordées tant aux pères célibataires qu'aux mères célibataires. Toutefois, la cour a statué que l'art. 15 exigeait simplement le même bénéfice et que les exigences de la *Charte* seraient tout aussi bien satisfaites si les prestations en question étaient accordées à la fois aux mères et aux pères célibataires ou si elles n'étaient accordées ni à l'un ni à l'autre groupe. Après avoir fait cette observation et conclu qu'elle ne pouvait élargir l'octroi des prestations, la cour a décidé que la seule réparation possible était d'annuler les prestations versées aux mères célibataires. L'ironie du résultat est évidente.

Peut-être dans certains cas l'art. 15 exige-t-il tout simplement une égalité relative à laquelle on pourra tout aussi bien satisfaire en prévoyant un nombre égal de cimetières qu'un nombre égal de

fication of benefits to single mothers does not sit well with the overall purpose of s. 15 of the *Charter* and for s. 15 to have such a result clearly amounts to "equality with a vengeance," as LEAF, one of the interveners in this case, has suggested. While s. 15 may not absolutely require that benefits be available to single mothers, surely it at least encourages such action to relieve the disadvantaged position of persons in those circumstances. In cases of this kind, reading in allows the court to act in a manner more consistent with the basic purposes of the *Charter*.

Reading in should therefore be recognized as a legitimate remedy akin to severance and should be available under s. 52 in cases where it is an appropriate technique to fulfil the purposes of the *Charter* and at the same time minimize the interference of the court with the parts of legislation that do not themselves violate the *Charter*.

II. Choice of Remedial Options under Section 52

A. Defining the Extent of the Inconsistency

The first step in choosing a remedial course under s. 52 is defining the extent of the inconsistency which must be struck down. Usually, the manner in which the law violates the *Charter* and the manner in which it fails to be justified under s. 1 will be critical to this determination. In this case, as noted earlier, this Court is hampered by the lack of an opportunity to assess the nature of the violation and the absence of s. 1 evidence.

It is useful at this point to set out the two stage s. 1 test developed by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103:

vignobles, comme on l'a dit parfois (voir Caminker, à la p. 1186). Cependant, l'annulation des prestations offertes aux mères célibataires n'est pas compatible avec l'objet global de l'art. 15 de la *Charte* et ce résultat équivaut à [TRADUCTION] «l'égalité avec vengeance» comme l'a soutenu le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'un des intervenants en l'espèce. L'article 15 n'exige peut-être pas absolument l'octroi de bénéfices aux mères célibataires, mais au moins il favorise sûrement une telle mesure afin de venir en aide aux personnes qui, dans ces circonstances, se trouvent défavorisées. Dans les affaires de cette nature, l'interprétation large permet au tribunal d'agir d'une façon plus compatible avec les objets fondamentaux de la *Charte*.

En conséquence, l'interprétation large devrait être reconnue comme une mesure corrective légitime semblable à la dissociation et devrait pouvoir être utilisée en vertu de l'art. 52 dans les cas où elle constitue une technique appropriée pour satisfaire aux objets de la *Charte* et réduire au minimum l'ingérence judiciaire dans les parties de la loi qui en soi ne sont pas contraires à la *Charte*.

II. Les mesures correctives en vertu de l'article 52

A. Déterminer la mesure de l'incompatibilité

Dans le choix d'une mesure corrective en vertu de l'art. 52, la première étape consiste à déterminer l'étendue de l'incompatibilité qui doit être annulée. Habituellement, il sera essentiel d'examiner de quelle façon la loi en question viole la *Charte* et pourquoi cette violation ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour est limitée dans sa démarche puisqu'elle n'a pas l'occasion d'examiner la nature de la violation et qu'elle ne dispose pas d'éléments de preuve fondés sur l'article premier.

Il convient maintenant de présenter le critère à deux volets relatif à l'article premier élaboré par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103:

(1) Is the legislative objective which the measures limiting an individual's rights or freedoms are designed to serve sufficiently pressing and substantial to justify the limitation of those rights or freedoms?

(2) Are the measures chosen to serve that objective proportional to it, that is:

(a) Are the measures rationally connected to the objective? *b*

(b) Do the measures impair as little as possible the right and freedom in question? and, *c*

(c) Are the effects of the measures proportional to the objective identified above? *c*

(i) The Purpose Test

In some circumstances, s. 52(1) mandates defining the inconsistent portion which must be struck down very broadly. This will almost always be the case where the legislation or legislative provision does not meet the first part of the *Oakes* test, in that the purpose is not sufficiently pressing or substantial to warrant overriding a *Charter* right. Although it predates *Oakes, supra*, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, provides a clear example. There Dickson C.J. found that the purpose of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, was itself inimical to the values of a free and democratic society. The case stands as authority for the proposition that, where the purpose of the legislation is itself unconstitutional, the legislation should be struck down in its entirety. Indeed, it is difficult to imagine anything less being appropriate where the purpose of the legislation is deemed unconstitutional; however, I do not wish to foreclose that possibility prematurely.

(ii) The Rational Connection Test

Where the purpose of the legislation or legislative provision is deemed to be pressing and substantial, but the means used to achieve this objective are found not to be rationally connected to it, the inconsistency to be struck down will generally be the whole of the portion of the legislation which fails the rational connection test.

(1) L'objectif législatif que visent les mesures restreignant les droits ou libertés d'une personne se rapporte-t-il à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la restriction de ces droits ou libertés? *a*

(2) Les mesures choisies pour atteindre cet objectif sont-elles proportionnelles à ce risque, c'est-à-dire:

a) Les mesures ont-elles un lien rationnel avec l'objectif? *b*

b) Les mesures portent-elles le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question? *c*

c) Les effets de ces mesures sont-ils proportionnels à l'objectif en question? *c*

(i) Le critère de l'objet

Dans certaines circonstances, le par. 52(1) exige qu'on détermine d'une façon très large la partie incompatible à annuler. Cela sera presque toujours le cas si la loi ou la disposition législative ne satisfait pas à la première partie du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, en ce que l'objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Bien qu'il soit antérieur à l'arrêt *Oakes*, précité, l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, offre un bon exemple. Dans cette affaire, le juge en chef Dickson a statué que l'objectif de la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, était contraire aux valeurs d'une société libre et démocratique. Cet arrêt étaye la proposition que si l'objectif même de la loi est inconstitutionnel, cette loi doit être annulée dans sa totalité. En fait, il est difficile d'imaginer qu'une réparation moindre soit appropriée lorsque l'objectif de la loi *h* est réputé inconstitutionnel; toutefois, je ne veux pas écarter prématurément cette possibilité. *f*

(ii) Le critère du lien rationnel

Lorsque l'on juge que l'objectif de la loi ou de la disposition législative se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, mais que les moyens choisis pour l'atteindre n'ont pas de lien rationnel avec cet objectif, l'incompatibilité à invalider sera généralement la partie de la disposition qui ne satisfait pas au critère du lien rationnel. *j*

This Court's decision in *Andrews, supra*, can be taken to support this position. Again, this Court held there that the citizenship requirement for admission to the British Columbia bar violated the equality guarantee enshrined in s. 15 of the *Charter*. While the citizenship requirement was held to have a valid purpose (the objectives argued were that lawyers be familiar with Canadian institutions and customs and that they display a commitment to them), the Court determined that the requirement did not meet the proportionality test. The majority on this issue concluded that the means were probably not rationally connected to the objectives put forward, in that citizenship does not ensure familiarity with or commitment to Canadian society and, conversely, non-citizenship does not necessarily point to a lack of familiarity or commitment. The requirement was struck down.

On peut dire que l'arrêt *Andrews*, précité, de notre Cour appuie cette position. Nous avons statué dans cet arrêt que l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au Barreau de la Colombie-Britannique porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Bien que notre Cour ait conclu que cette obligation vise un objectif valide (les objectifs invoqués étaient que les avocats doivent connaître les institutions et les coutumes canadiennes et qu'ils manifestent un engagement envers celles-ci), elle a statué qu'elle ne satisfaisait pas au critère de la proportionnalité. La Cour à la majorité a conclu que les moyens choisis à cette fin n'avaient probablement pas un lien rationnel avec ces objectifs en ce que la citoyenneté ne garantit pas la bonne connaissance de la société canadienne ou un engagement envers celle-ci; inversement, la non-citoyenneté ne signifie pas nécessairement qu'une personne ne connaîtra pas la société canadienne ou n'aura pas un engagement envers elle. Cette obligation a été annulée.

Dans la plupart des affaires de cette nature, il est logique de déclarer inopérante toute la partie de la loi qui ne satisfait pas à cet élément du critère de proportionnalité. Peu importe que l'objectif de la loi se rapporte à des préoccupations réelles et urgentes, si les moyens utilisés pour l'atteindre n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif, le maintien en vigueur de la loi dans sa forme existante n'en favorisera pas l'atteinte.

It is logical that in most such cases the appropriate remedial choice will be to strike down the entire portion of the legislation that fails on this element of the proportionality test. It matters not how pressing or substantial the objective of the legislation may be; if the means used to achieve the objective are not rationally connected to it, then the objective will not be furthered by somehow upholding the legislation as it stands.

(iii) The Minimal Impairment/Effects Test

Where the second and/or third elements of the proportionality test are not met, there is more flexibility in defining the extent of the inconsistency. For instance, if the legislative provision fails because it is not carefully tailored to be a minimal intrusion, or because it has effects disproportionate to its purpose, the inconsistency could be defined as being the provisions left out of the legislation which would carefully tailor it, or would avoid a disproportionate effect. According to the logic outlined above, such an inconsistency could be

(iii) Le critère de l'atteinte minimale

Lorsqu'une loi ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du critère de la proportionnalité, ou aux deux, on dispose d'une plus grande latitude pour déterminer quelles sont les dispositions incompatibles. Par exemple, si le texte législatif ne satisfait pas au critère parce qu'il n'est pas conçu de façon à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté ou parce que ses effets sont disproportionnés à son objectif, on pourrait déterminer que l'incompatibilité consiste dans les dispositions non incluses dans la loi qui permettraient

declared inoperative with the result that the statute was extended by way of reading in.

Striking down, severing or reading in may be appropriate in cases where the second and/or third elements of the proportionality test are not met. The choice of remedy will be guided by the following considerations.

B. Deciding whether Severance or Reading In is Appropriate

Having determined what the extent of the inconsistency is, the next question is whether that inconsistency may be dealt with by way of severance, or in some cases reading in, or whether an impugned provision must be struck down in its entirety.

(i) Remedial Precision

While reading in is the logical counterpart of severance, and serves the same purposes, there is one important distinction between the two practices which must be kept in mind. In the case of severance, the inconsistent part of the statutory provision can be defined with some precision on the basis of the requirements of the Constitution. This will not always be so in the case of reading in. In some cases, the question of how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution cannot be answered with a sufficient degree of precision on the basis of constitutional analysis. In such a case, it is the legislature's role to fill in the gaps, not the court's. This point is made most clearly in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's

qu'elle soit bien conçue ou éviteraient que son effet soit disproportionné. Dans la logique du raisonnement exposé, cette incompatibilité pourrait être déclarée inopérante de sorte que la portée de la loi serait étendue par interprétation large.

Il pourrait convenir de procéder par annulation, dissociation ou interprétation large dans les cas où le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément, ou aux deux. Le choix de la réparation sera guidé par les considérations suivantes.

B. La dissociation ou l'interprétation large

Une fois établie la mesure de l'incompatibilité, la question suivante est de savoir si la solution appropriée est la dissociation ou, dans certains cas, l'interprétation large ou encore si la disposition attaquée doit être annulée dans sa totalité.

(i) La mesure corrective

Bien que l'interprétation large soit le pendant logique de la dissociation et serve la même fin, il importe de se rappeler qu'il existe une distinction importante entre les deux pratiques. En ce qui concerne la dissociation, la partie incompatible de la disposition législative peut être déterminée avec une certaine précision en fonction des exigences de la Constitution, ce qui ne sera pas toujours possible dans le cas de l'interprétation large. Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution. Il appartient alors aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes. Ce point a été très bien établi dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire

requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

In *Hunter*, the Court decided that the scheme for authorizing searches under the relevant legislation did not withstand *Charter* scrutiny. In such a circumstance, it would theoretically be possible to characterize the "extent of the inconsistency" as the absence of certain safeguards. Thus, in the abstract, the absence of appropriate safeguards could have been declared of no force or effect, which would have led to the establishment of the appropriate safeguards. However, this approach would have been inappropriate because this would have required establishing a new scheme, the details of which would have been up to the Court to determine.

Hunter has been applied recently by Justice McLachlin in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. The issue in that case was the prohibition of advertising by the members of a professional association, with certain exceptions. McLachlin J. found that the regulation of advertising violated the *Charter* and extended too far to be justified under s. 1. However, some prohibition of advertising would be justifiable if additional exceptions were added. The question then arose whether the Court ought to supply those additional exemptions itself, or simply strike down the prohibition.

McLachlin J. noted, at p. 253, that the drafting of rules which would allow only legitimate advertising would be a difficult and complex endeavour that did not flow with precision from the requirements of the *Charter*:

I am conscious of the difficulties involved in drafting prohibitions on advertising which will catch misleading, deceptive and unprofessional advertising while permitting legitimate advertising.

Since the exemptions could not be defined with sufficient precision, the section itself had to be struck down (at p. 252):

aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Dans l'arrêt *Hunter*, notre Cour a décidé que le régime d'autorisation des fouilles et des perquisitions établi en vertu de la loi concernée ne résistait pas à une analyse fondée sur la *Charte*. Dans un tel cas, il serait théoriquement possible de qualifier la mesure de l'incompatibilité comme étant l'inexistence de certaines garanties. En conséquence, dans l'abstrait, l'inexistence de garanties appropriées aurait pu être déclarée inopérante, ce qui aurait donné lieu à l'établissement des garanties appropriées. Toutefois, il n'aurait pas été opportun de prendre une telle démarche dans les circonstances puisqu'il aurait fallu établir un nouveau régime dont notre Cour aurait dû déterminer les détails.

L'arrêt *Hunter* a été appliqué récemment par le juge McLachlin dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Dans cette affaire, la question en litige portait sur l'interdiction de publicité par les membres d'une association professionnelle, sous réserve de certaines exceptions. Le juge McLachlin a statué que le règlement en question violait la *Charte* et avait une portée trop large pour se justifier en vertu de l'article premier. Toutefois, une certaine interdiction de publicité serait justifiable s'il y avait ajout d'autres exceptions. La question était ensuite de savoir si notre Cour devait établir ces exceptions additionnelles ou annuler tout simplement l'interdiction.

Le juge McLachlin a mentionné, à la p. 253, que la rédaction de règles qui autoriseraient seulement la publicité légitime constitue une tâche difficile et complexe qui ne découle pas précisément des exigences de la *Charte*:

Je suis consciente des difficultés que soulève la rédaction d'interdictions en matière de publicité qui atteindront la publicité trompeuse, mensongère et non professionnelle tout en autorisant la publicité légitime.

Puisque les exceptions ne pouvaient être déterminées avec suffisamment de précision, l'article a dû être annulé (à la p. 252):

Because the section is cast in the form of limited exclusions to a general prohibition, the Court would be required to supply further exceptions. To my mind, this is for the legislators.

These cases stand for the proposition that the court should not read in in cases where there is no manner of extension which flows with sufficient precision from the requirements of the Constitution. In such cases, to read in would amount to making *ad hoc* choices from a variety of options, none of which was pointed to with sufficient precision by the interaction between the statute in question and the requirements of the Constitution. This is the task of the legislature, not the courts.

Parce que l'article est rédigé sous forme d'exceptions limitées à une interdiction générale, la Cour serait tenue d'ajouter d'autres exceptions. À mon avis, il appartient au législateur de le faire.

^a Ces arrêts étaient la proposition que la cour ne devrait pas avoir recours à l'interprétation large dans les cas où la façon de procéder à l'élargissement d'une loi ne se dégage pas avec suffisamment de précision des exigences de la Constitution. Dans ces cas, le recours à l'interprétation large équivaudrait à faire des choix particuliers entre diverses options dont aucune ne ressort avec suffisamment de précision de l'interaction de la loi en question et des exigences de la Constitution. Cette responsabilité incombe au législateur et non aux tribunaux.

(ii) Interference with the Legislative Objective

The primary importance of legislative objective quickly emerges from decisions of this Court wherein the possibility of reading down or in has been considered and determined inappropriate.

In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104, Justice Sopinka emphasized that it is necessary in fashioning a remedy for a *Charter* violation to both "apply the measures which will best vindicate the values expressed in the *Charter*" and "refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary". He determined that reading down was not appropriate in that case but concluded, at p. 104: "Reading down may in some cases be the remedy that achieves the objectives to which I have alluded while at the same time constituting the lesser intrusion into the role of the legislature."

The degree to which a particular remedy intrudes into the legislative sphere can only be determined by giving careful attention to the objective embodied in the legislation in question. This objective may, as suggested above, be obvious from the very text of the provision. In other cases, it may only be illuminated through the evidence put forward under the s. 1 analysis, the fail-

(ii) L'ingérence dans l'objectif législatif

^d L'importance primordiale de l'objectif législatif se dégage rapidement des arrêts de notre Cour, dans lesquels nous avons examiné la possibilité du recours à l'interprétation atténuée ou à l'interprétation large et décidé de ne pas nous en prévaloir.

^f Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104, le juge Sopinka précise que, dans le choix d'une réparation par suite d'une violation de la *Charte*, il faut veiller à «faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte*» et «ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire». Il a statué que l'interprétation atténuée ne convenait pas en l'espèce mais a conclu, aux pp. 104 et 105: «L'interprétation atténuée peut dans certains cas être la réparation qui, tout en atteignant les objectifs dont j'ai déjà fait mention, représente l'empiétement le moins grave sur les fonctions du législateur».

ⁱ Ce n'est qu'en examinant de près l'objectif de la loi en question que l'on peut déterminer le degré d'empiétement d'une réparation particulière sur le domaine législatif. Comme mentionné, cet objectif peut ressortir de la lecture même de la disposition. Dans d'autres cas, il faudra examiner les éléments de preuve déposés dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, qui aurait échoué. Un

ure of which would precede this inquiry. A second level of legislative intention may be manifest in the means chosen to pursue that objective.

In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, this Court struck down s. 276, the rape shield provision, of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The majority of the Court held that it violated the accused's *Charter* right to a fair trial. The provision failed the *Oakes* test because of its overbreadth. It could not meet the minimal impairment element of the proportionality test. In considering the question of remedy, McLachlin J. canvassed the possibility of declaring the legislation valid in part through techniques such as reading down and constitutional exemption, but concluded that neither technique was appropriate in the case before her. McLachlin J. arrived at this conclusion because to take either approach would necessitate importing an element into the provision—judicial discretion—that the legislature specifically chose to exclude. She stated, at p. 628: "Where the effect is to change the law so substantially, one may question whether it is useful or appropriate to apply the doctrine of constitutional exemption". Without question, the same is true of extension by way of reading in.

This Court's decision in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, is instructive as to the second level of legislative intention referred to above. There, it was held that s. 542(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provides for the automatic detention at the pleasure of the Lieutenant Governor of an insanity acquittee, was in violation of s. 7 of the *Charter* in that it deprived the appellant of his right to liberty without meeting the requirements of procedural fairness that attach to the principles of fundamental justice. In my judgment, I rejected the argument that the requirements of procedural fairness could just be read into the legislation as it stood because it was clear that, to achieve its objectives, Parliament had deliberately chosen the means which ultimately failed the minimal impairment element of the proportionality test under s. 1. Where the choice of means is unequivocal,

second niveau d'intention législative peut ressortir des moyens choisis pour atteindre cet objectif.

Dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, notre Cour a annulé l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la disposition sur la protection des victimes de viol. Notre Cour à la majorité a statué que cet article portait atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Cette disposition ne satisfaisait pas au critère de l'arrêt *Oakes* en raison de sa portée trop large. Elle ne pouvait pas répondre à l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité. Dans l'examen de la réparation, le juge McLachlin a examiné la possibilité de déclarer la disposition valide en partie par l'application de techniques comme l'interprétation atténuée et l'exemption constitutionnelle, mais a conclu que ces techniques n'étaient pas applicables en l'espèce, puisqu'elles incorporeraient dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge. Elle affirme, à la p. 628: «Lorsqu'elle a pour effet de modifier la loi d'une manière aussi importante, on peut se demander s'il est utile ou approprié d'appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle». Il n'y a pas de doute que ces propos s'appliquent également à un élargissement par voie d'interprétation large.

La décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, est révélatrice quant au second niveau d'intention législative dont il est fait mention. Dans cette affaire, notre Cour a statué que le par. 542(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui prévoyait la détention automatique d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale au bon plaisir du lieutenant-gouverneur, contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* en ce qu'il portait atteinte au droit de l'appelant à la liberté sans respecter l'équité en matière de procédure qu'exigent les principes de justice fondamentale. Dans mon jugement, j'ai rejeté l'argument qu'il suffisait de donner une interprétation large au texte législatif pour qu'il fût considéré comme respectant l'équité procédurale parce qu'il était évident que le Parlement avait, pour atteindre ses objectifs, délibérément choisi le moyen qui ne respectait pas

cal, to further the objective of the legislative scheme through different means would constitute an unwarranted intrusion into the legislative domain.

Even where extension by way of reading in can be used to further the legislative objective through the very means the legislature has chosen, to do so may, in some cases, involve an intrusion into budgetary decisions which cannot be supported. This Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1. However, such considerations are clearly relevant once a violation which does not survive s. 1 has been established, s. 52 is determined to have been engaged and the Court turns its attention to what action should be taken thereunder.

Any remedy granted by a court will have some budgetary repercussions whether it be a saving of money or an expenditure of money. Striking down or severance may well lead to an expenditure of money. The respondent in this case pointed out that this Court's decision in *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, wherein an exclusion under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, based on age was found to contravene the *Charter*, necessarily led to an expenditure of government funds in that persons previously not entitled to benefits were thereafter free to apply for them. It has also been pointed out that a wide variety of court orders have had the effect of causing expenditures (see Lajoie, "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338, at pp. 1344-45). In determining whether reading in is appropriate then, the question is not whether courts can make decisions that impact on budgetary policy; it is to what degree they can appropriately do so. A remedy which entails an intrusion into this sphere so substantial as to

l'exigence d'atteinte minimale que comporte le critère de proportionnalité de l'examen fondé sur l'article premier. Lorsque le choix du moyen est évident, favoriser l'atteinte de l'objectif du régime législatif par d'autres moyens constituerait un empiétement injustifié sur le domaine législatif.

Même si l'élargissement de la portée d'une loi par interprétation large peut servir à atteindre l'objectif législatif par le moyen même choisi par le législateur, il risque, dans certains cas, de constituer un empiétement indéfendable sur des décisions financières. Notre Cour a statué à juste titre que les considérations financières ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, ces considérations sont évidemment pertinentes lorsque l'on a établi l'existence d'une violation qui ne peut être sauvagardée par l'article premier, que l'application de l'art. 52 se trouve déclenchée et que le tribunal examine la mesure à prendre.

Toute réparation accordée par un tribunal entraînera des répercussions financières, que ce soit une économie ou une dépense. L'annulation ou la dissociation pourrait bien donner lieu à une dépense. En l'espèce, l'intimé a mentionné larrêt de notre Cour *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, dans lequel une restriction fondée sur l'âge prévue dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, a été jugée incompatible avec la *Charte*, ce qui a nécessairement entraîné une dépense de fonds gouvernementaux puisque des personnes antérieurement inadmissibles aux prestations étaient dès lors habilitées à présenter une demande à cette fin. On a également fait ressortir qu'un vaste éventail d'ordonnances judiciaires ont entraîné des dépenses (voir Lajoie, «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338, aux pp. 1344 et 1345). Lorsque l'on détermine s'il faut donner une interprétation large à un texte législatif, la question n'est donc pas de savoir si les tribunaux peuvent prendre des décisions qui entraînent des répercussions de nature financière, mais bien jusqu'à quel point il est de circonstance de le faire. De toute évidence, il ne

change the nature of the legislative scheme in question is clearly inappropriate.

(iii) The Change in Significance of the Remaining Portion

Another way of asking whether to read in or sever would be an illegitimate intrusion into the legislative sphere is to ask whether the significance of the part which would remain is substantially changed when the offending part is excised. For instance, in *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, this Court found that certain statutory requirements respecting the use of the French language were unconstitutional because they were more stringent than necessary. By way of exception, the statute provided for less stringent requirements in certain circumstances. These less stringent requirements were not in themselves unconstitutional, and it would therefore have been possible to sever them and in that way to implement as much of the legislative intent as possible. However, the Court noted that to do so would really turn the legislative scheme on its head. The exceptions were meant to allow more lenient treatment of persons in certain situations, but if they were upheld while the main provisions were struck down, they would have precisely the opposite effect of dealing more stringently with those persons. This led to the conclusion, at p. 816, that the exceptions were "necessarily connected" to the offending provision, so that even though the exceptions were not themselves impermissible, they must be struck down as well:

A single scheme is being dealt with, and once the parent section which institutes that scheme has been found unconstitutional, the Court must proceed to strike down those exceptions which are necessarily connected to the general rule. In that way, distortions and inconsistencies of legislative intention do not result from finding the major component of a comprehensive legislative regime contrary to the Constitution.

This built on the comments of Dickson C.J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 80,

conviendrait pas d'accorder une réparation qui entraîne un empiétement tellement important sur ce domaine qu'il modifie la nature du régime législatif en question.

(iii) Le changement de sens du reste du texte

Pour déterminer si l'interprétation large ou la dissociation constituerait un empiétement illégitime sur le domaine législatif, on peut aussi se demander si le sens du texte qui reste serait grandement modifié par le retranchement des parties fautives. Par exemple, dans l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, notre Cour a statué que certaines exigences législatives concernant l'utilisation du français étaient inconstitutionnelles parce qu'elles étaient plus sévères que nécessaire. La loi en question établissait un régime d'exceptions prévoyant des exigences moins strictes dans certaines circonstances. Ces exigences moins strictes n'étaient pas en soi inconstitutionnelles et il aurait été possible de les retrancher de la loi et de réaliser ainsi autant que possible l'intention du législateur. Cependant, notre Cour a fait remarquer que ce retranchement aurait l'effet inverse de l'intention législative. Les exceptions visaient à faire preuve de clémence envers des personnes se trouvant dans certaines situations; le maintien de ces exceptions parallèlement à l'annulation des dispositions principales aurait eu précisément l'effet contraire et soumis ces personnes à des exigences plus rigoureuses. Notre Cour est arrivée à la conclusion, à la p. 816, que les exceptions étaient «nécessairement reliées» à la disposition fautive et qu'elles devaient être annulées même si les exceptions n'étaient pas en soi inacceptables:

Il s'agit d'un ensemble, et quand l'article initial qui lui donne naissance est déclaré inconstitutionnel, la Cour doit déclarer inopérantes les exceptions qui sont nécessairement reliées à la règle générale. C'est le moyen d'éviter que l'annulation de la composante principale d'un ensemble législatif contraire à la Constitution ne cause la déformation ou la contradiction de l'intention législative.

Cet énoncé fait fond sur les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*.

where he observed that the prohibition of abortions must fall with the procedural exceptions which violated the *Charter*, since merely to eliminate the exceptions would be to re-draft a comprehensive code:

Having found that this "comprehensive code" infringes the *Charter*, it is not the role of the Court to pick and choose among the various aspects of s. 251 so as effectively to re-draft the section.

In both these cases, the significance of the non-offending provision was so markedly changed in the absence of the offending provision that the assumption that the legislature would have passed it was unsafe. The problem with striking down only the inconsistent portion is that the significance of the remaining portion changes so markedly without the inconsistent portion that the assumption that the legislature would have enacted it is unsafe.

In cases where the issue is whether to extend benefits to a group not included in the statute, the question of the change in significance of the remaining portion sometimes focuses on the relative size of the two relevant groups. For instance, in *Knodel, supra*, Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. She considered this course to be far less intrusive to the intention of the legislature than striking down the benefits to heterosexual spouses since the group to be added was much smaller than the group already benefitted (at p. 391):

In the present case, it would clearly be far more intrusive to strike the legislation and deny the benefits to the individuals receiving them than it would be to extend the benefits to the small minority who demonstrated their entitlement to them.

In *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, *supra*, this Court decided that persons over 65 should be able to receive benefits that had been explicitly restricted to persons under 65. This is also a case in which

ler, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 80, dans lequel il a fait remarquer que l'interdiction de l'avortement se classe parmi les exceptions procédurales qui vont à l'encontre de la *Charte*, puisque la simple élimination des exceptions équivaudrait à réécrire un code entier:

Ayant jugé que ce «code entier» enfreint la *Charte*, il n'appartient pas à la Cour de sélectionner divers aspects de l'art. 251 pour, en fait, réécrire l'article.

Dans ces deux arrêts, le sens de la disposition non fautive changeait tellement en l'absence de la disposition fautive qu'il n'y avait pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée. Le problème de l'annulation de la partie incompatible seulement est que le sens de la partie qui reste change tellement en l'absence de la partie incompatible qu'il n'y a pas lieu de supposer que le législateur l'aurait quand même adoptée.

Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit accorder des bénéfices à un groupe non inclus dans la loi, la question du changement de sens du reste de la loi tourne parfois autour de la taille relative des deux groupes pertinents. Par exemple, dans l'arrêt *Knodel*, précité, le juge Rowles a élargi la prestation de bénéfices aux conjoints pour inclure les conjoints du même sexe. À son avis, cette mesure empiétait moins sur l'intention législative que l'annulation des bénéfices accordés aux conjoints hétérosexuels puisque le groupe à ajouter était beaucoup moins important que le groupe existant de bénéficiaires (à la p. 391):

[TRADUCTION] En l'espèce, annuler la loi et refuser les prestations aux personnes qui les reçoivent déjà constituerait un empiétement beaucoup plus important qu'octroyer ces bénéfices à la faible minorité de personnes qui ont établi qu'elles y avaient droit.

Dans l'arrêt *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, précité, notre Cour a décidé que les personnes de plus de 65 ans avaient droit aux prestations dont le versement avait été explicitement restreint aux per-

the group to be added was much smaller than the group already benefitted.

Where the group to be added is smaller than the group originally benefitted, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one. When the group to be added is much larger than the group originally benefitted, this could indicate that the assumption is not safe. This is not because of the numbers *per se*. Rather, the numbers may indicate that for budgetary reasons, or simply because it constitutes a marked change in the thrust of the original program, it cannot be assumed that the legislature would have passed the benefit without the exclusion. In some contexts, the fact that the group to be added is much larger than the original group will not lead to these conclusions. *R. v. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1 (N.S.T.D.), is an example of this.

(iv) The Significance of the Remaining Portion

Other cases have focused on the significance or long-standing nature of the remaining portion. This sort of analysis is most apparent in *Russow v. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (S.C.). The court examined the various versions of the relevant provision which had been in force in the province from the time of Confederation to the present, and noted that the permissible portion had been invariably present. This helped the court to come to the conclusion that it was safe to assume that the legislature would have enacted the permissible portion without the impermissible portion (at pp. 33-35).

This consideration was also highlighted by Harlan J. in *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970), at p. 366:

When a policy has roots so deeply embedded in history, there is a compelling reason for a court to hazard the necessary statutory repairs if they can be made within the administrative framework of the statute and without impairing other legislative goals, even though

sonnes de moins de 65 ans. Dans ce cas également, le groupe à ajouter était numériquement beaucoup moins important que celui des bénéficiaires.

Si le groupe à ajouter est numériquement moins important que le groupe initial de bénéficiaires, c'est une indication que la supposition que le législateur aurait de toute façon adopté le bénéfice est fondée. Au contraire, si le groupe à ajouter est numériquement beaucoup plus important que le groupe initial de bénéficiaires, cela pourrait être une indication que cette supposition n'est pas fondée. Ce n'est pas seulement une question de chiffres. C'est plutôt que les chiffres peuvent indiquer que, pour des motifs financiers ou simplement parce que cela constituerait un changement marqué de l'objectif du programme initial, on ne peut pas supposer que le législateur aurait adopté le bénéfice en question sans l'exclusion. Dans certains contextes, le fait que le groupe à ajouter est beaucoup plus important que le groupe initial ne donnera pas lieu à ces conclusions. L'arrêt *R. c. Hebb* (1989), 69 C.R. (3d) 1 (N.-É.D.P.I.), en est un exemple.

(iv) Le sens de la portion restante

D'autres arrêts ont mis l'accent sur le sens ou l'historique de la partie qui reste. C'est là l'analyse utilisée dans l'arrêt *Russow c. B.C. (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (C.S.). Dans cette affaire, la cour a examiné les diverses versions de la disposition visée en vigueur dans la province depuis la Confédération et elle a mentionné que la portion acceptable avait toujours existé. Cette constatation a aidé la cour à conclure qu'il y avait lieu de supposer que le législateur aurait adopté la portion acceptable sans la portion inacceptable (aux pp. 33 à 35).

Le juge Harlan a également fait ressortir ce point dans l'arrêt *Welsh c. United States*, 398 U.S. 333 (1970), à la p. 366:

[TRADUCTION] Lorsqu'une politique est profondément ancrée dans l'histoire, il y a une raison convaincante qui permet à un tribunal de procéder à la réparation législative nécessaire si le contexte administratif de la loi s'y prête, sans empiétement sur d'autres objectifs législatifs,

they entail, not simply eliminating an offending section, but rather building upon it.

It is sensible to consider the significance of the remaining portion when asking whether the assumption that the legislature would have enacted the remaining portion is a safe one. If the remaining portion is very significant, or of a long standing nature, it strengthens the assumption that it would have been enacted without the impermissible portion.

The significance of the remaining portion may be enhanced where the Constitution specifically encourages that sort of provision. Earlier I referred to the articles by Duclos and Roach, and Caminker, which point out that the Constitution may encourage particular kinds of remedies even if it does not directly mandate them. This aspect of remedial choice was specifically relied on in *R. v. Hebb, supra*. In that case the court considered a provision which required the court to consider the means of accused to pay a fine before incarceration upon default. This provision only applied to persons aged 18 to 22. The court found that this constituted discrimination on the basis of age. The question then was whether the limitation to ages 18 to 22 could be severed from the rest of the provision.

The court observed that either course, severance or nullification, would interfere with the intention of Parliament to some extent. That is, severance would expand the protection of the provision to a group Parliament had not intended to benefit by it, and nullification would remove protection from the group Parliament had intended to have it. The court, at p. 21, then found it important that the protection in question was "constitutionally encouraged," and thought that this was a good reason to favour expansion of the provision rather than nullification:

To sever the age-related phrase provides protection to persons of all ages who are charged with a crime, in that they cannot be incarcerated for failure to pay a fine until a judicial review of their situation is held. On the other

même s'il s'agit non pas simplement d'éliminer une partie fautive, mais de faire fond sur celle-ci.

Il est raisonnable d'examiner le sens de la partie qui reste lorsqu'on se demande si la supposition que le législateur l'aurait quand même adoptée est fondée. Si la partie qui reste a une très grande importance ou existe depuis longtemps, ce fait vient renforcer la supposition que cette partie aurait été adoptée sans la portion inacceptable.

La partie qui reste a un sens encore plus important si la Constitution favorise expressément l'adoption de ce genre de disposition. J'ai mentionné l'article de Duclos et de Roach et celui de Caminker, qui font ressortir que la Constitution peut favoriser des types particuliers de réparation, même si elle ne les exige pas directement. Cet aspect du choix de la réparation a été expressément mentionné dans l'arrêt *R. v. Hebb*, précité. Dans cette affaire, la cour a examiné une disposition lui imposant d'examiner si l'accusé avait les moyens de payer une amende avant d'être incarcéré pour non-paiement. Cette disposition ne visait que les personnes âgées de 18 ans à 22 ans. La cour a statué que cette disposition constituait une discrimination fondée sur l'âge. Il fallait ensuite déterminer s'il était possible de dissocier la restriction relative à l'âge du reste de la disposition.

La cour a précisé que le retranchement de la partie fautive et l'annulation de la disposition empiéteraient tous les deux dans une certaine mesure sur l'intention du législateur. Le retranchement de la partie fautive aurait pour effet de protéger un groupe que le législateur n'avait pas eu l'intention de protéger et l'annulation de la disposition éliminerait la protection offerte au groupe que le législateur avait l'intention de protéger. Ayant jugé important, à la p. 21, le fait que la [TRADUCTION] «Constitution favorise» la protection en question, la cour a décidé que c'était là un motif valable d'élargir la portée de la disposition plutôt que de l'annuler:

[TRADUCTION] En retranchant du reste de la disposition la partie ayant trait à l'âge, on offre la protection de l'article aux personnes de tout âge accusées d'un acte criminel en ce qu'elles ne peuvent être incarcérées pour non-

hand, by severing the complete s. 646(10), this protection is removed for all persons, including the age group which Parliament determined were worthy of that special protection.

It is important that the courts not unjustifiably invade the domain which is properly that of the legislature. In following either of the alternatives above, the court will be interfering to some extent with the efforts of the legislators of the enactment. Where the result is the removing of a protection that is constitutionally encouraged—that is, judicial consideration before incarceration—as opposed to the enlarging of such a protection, it is submitted that the court should favour a result that would expand the group of persons protected rather than remove that protection completely.

This reasoning is sensible given our knowledge of how legislatures act generally. The fact that the permissible part of a provision is encouraged by the purposes of the Constitution, even if not mandated by it, strengthens the assumption that the legislature would have enacted it without the impermissible portion.

This factor may have been important in a case which dealt specifically with human rights statutes. In *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), the statute (*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53) provided, in s. 1, a right to equal treatment without discrimination on the basis of, *inter alia*, sex. Section 19, however, provided that s. 1 was not violated when athletic activities were restricted on the basis of sex. The court found that s. 19 violated the guarantee of equality under the *Charter*. It was argued by the Hockey Association that s. 19 was not severable from s. 1, since it could not be assumed that the legislature would have passed s. 1 without s. 19. It was said that this meant that s. 19 should not be struck down, even though it violated the *Charter*. In fact, if it were true that s. 19 was inextricably linked to s. 1, then the result would be not that s. 19 was saved, but rather that s. 1 would be lost, even though there was nothing impermissible about it, considered in isolation. However, it is clear that it is safe to assume that the legislature would have passed the general prohibition on dis-

palement d'une amende tant que le tribunal ne s'est pas prononcé sur leur situation. Par contre, l'annulation de tout le par. 646(10) élimine totalement la protection offerte, y compris pour le groupe d'âge que le législateur avait tout particulièrement jugé utile de protéger.

Il importe que les tribunaux n'empiètent pas sans raison sur le domaine qui relève à bon droit du législateur. En optant pour l'une ou l'autre des réparations qui viennent d'être mentionnées, le tribunal empiétera dans une certaine mesure sur les efforts du législateur concerné. Si le résultat est l'élimination d'une protection que la Constitution favorise — l'examen par un tribunal de la situation d'une personne avant son incarcération — et non l'élargissement de cette protection, on soutient que le tribunal devrait viser à élargir le groupe de personnes protégées plutôt qu'à éliminer totalement cette protection.

Ce raisonnement est judicieux par rapport à ce que nous connaissons du fonctionnement habituel des corps législatifs. Le fait que les objets de la Constitution favorisent, sans imposer, le maintien de la partie acceptable d'une disposition vient renforcer la supposition que le législateur l'aurait adoptée sans la partie inacceptable.

Ce facteur pourrait bien avoir joué un rôle important dans une affaire qui portait spécifiquement sur les lois en matière de droits de la personne. Dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), l'article premier de la loi en question (*Code des droits de la personne (1981)*, L.O. 1981, ch. 53), prévoyait un droit à un traitement égal sans discrimination fondée, notamment, sur le sexe. Toutefois, aux termes de l'art. 19, ne constituait pas une atteinte au droit reconnu à l'article premier le fait de restreindre des activités athlétiques pour un motif fondé sur le sexe. La cour a statué que l'art. 19 violait la garantie à l'égalité en vertu de la *Charte*. L'association de hockey était d'avis que l'art. 19 n'était pas dissociable de l'article premier puisque l'on ne pouvait supposer que le législateur aurait adopté l'article premier sans l'art. 19, et que l'on ne devait donc pas annuler l'art. 19, même s'il portait atteinte à la *Charte*. En fait, s'il était exact que l'art. 19 était inextricablement lié à l'article premier, il s'ensuivrait non pas le maintien de l'art. 19, mais l'annulation de l'article premier,

crimination even if it could not limit its application in the area of athletics.

même s'il ne comporte en soi rien d'inacceptable lorsqu'on l'examine de façon isolée. Toutefois, il est évident qu'il y a lieu de supposer que le législateur aurait adopté l'interdiction générale de discrimination même s'il ne pouvait en restreindre l'application dans le domaine des activités sportives.

(v) Conclusion

It should be apparent from this analysis that there is no easy formula by which a court may decide whether severance or reading in is appropriate in a given case. While respect for the role of the legislature and the purposes of the *Charter* are the twin guiding principles, these principles can only be fulfilled with respect to the variety of considerations set out above which require careful attention in each case.

^b L'analyse que je viens d'exposer devrait bien faire ressortir qu'il n'y a pas de formule magique susceptible d'aider le tribunal à décider si la solution appropriée dans un cas donné est la dissociation ou l'interprétation large. Bien que le respect du rôle du législateur et des objets de la *Charte* soient les deux principes directeurs, on ne pourra y satisfaire qu'en examinant soigneusement dans chaque cas les diverses considérations que je viens ^c d'exposer.

C. Whether to Temporarily Suspend the Declaration of Invalidity

Having identified the extent of the inconsistency, and having determined whether that inconsistency should be dealt with by way of striking down, severance or reading in, the court has identified what portion must be struck down. The final step is to determine whether the declaration of invalidity of that portion should be temporarily suspended.

C. La suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité

^e Lorsqu'il a déterminé l'incompatibilité et décidé si cette incompatibilité devrait être annulée, retranchée de la loi en question ou reçue une interprétation large, le tribunal a identifié la partie de la loi qui doit être annulée. La dernière étape consiste à déterminer s'il doit y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité.

A court may strike down legislation or a legislative provision but suspend the effect of that declaration until Parliament or the provincial legislature has had an opportunity to fill the void. This approach is clearly appropriate where the striking down of a provision poses a potential danger to the public (*R. v. Swain, supra*) or otherwise threatens the rule of law (*Reference Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721). It may also be appropriate in cases of underinclusiveness as opposed to overbreadth. For example, in this case some of the interveners argued that in cases where a denial of equal benefit of the law is alleged, the legislation in question is not usually problematic in and of itself. It is its underinclusiveness that is problematic so striking down the law immediately would deprive deserving persons of benefits without pro-

^g Un tribunal peut déclarer une loi ou une disposition législative inopérante, mais suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur fédéral ou provincial ait eu l'occasion de combler le vide. Cette méthode est fort appropriée lorsque l'annulation d'une disposition présente un danger pour le public (*R. c. Swain*, précité) ou porte atteinte à la primauté du droit (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721). Cette méthode pourrait également être appropriée dans les cas où une disposition est limitative par opposition aux cas où elle aurait une portée trop large. Par exemple, en l'espèce, certains intervenants ont fait valoir que si l'on allègue une négation du droit au même bénéfice de la loi, la disposition législative en question ne pose habituellement pas de problème en soi. C'est le fait

viding them to the applicant. At the same time, if there is no obligation on the government to provide the benefits in the first place, it may be inappropriate to go ahead and extend them. The logical remedy is to strike down but suspend the declaration of invalidity to allow the government to determine whether to cancel or extend the benefits.

I would emphasize that the question of whether to delay the effect of a declaration is an entirely separate question from whether reading in or nullification is the appropriate route under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. While delayed declarations are appropriate in some cases, they are not a panacea for the problem of interference with the institution of the legislature under s. 52.

A delayed declaration is a serious matter from the point of view of the enforcement of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation. There may be good pragmatic reasons to allow this in particular cases. However, reading in is much preferable where it is appropriate, since it immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*.

Furthermore, the fact that the court's declaration is delayed is not really relevant to the question of which course of action, reading in or nullification, is less intrusive upon the institution of the legislature. By deciding upon nullification or reading in, the court has already chosen the less intrusive path. If reading in is less intrusive than nullification in a particular case, then there is no reason to think that a delayed nullification would be any better. To delay nullification forces the matter back onto the legislative agenda at a time not of the choosing of the legislature, and within time limits under which

qu'elle ne couvre pas toutes les situations qui pose un problème, de sorte que l'annulation immédiate de la loi priverait des personnes admissibles de bénéfices sans les fournir à celle qui en fait la demande. Par ailleurs, si le gouvernement n'est pas au départ tenu de fournir les bénéfices, il est vraisemblablement inapproprié de les étendre à d'autres. La solution logique est d'annuler, mais de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre au gouvernement de décider s'il doit annuler ou étendre les bénéfices.

Je tiens à préciser que la question de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité diffère totalement de celle de savoir si l'interprétation large ou l'annulation d'un texte législatif est la solution appropriée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité soit appropriée dans certains cas, ce n'est pas une panacée au problème de l'empietement, dans le cadre de l'art. 52, sur l'institution que constitue le corps législatif.

Une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité est une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*. Il peut exister de bonnes raisons pragmatiques d'autoriser cet état de choses dans des cas particuliers. Toutefois, l'interprétation large est de beaucoup préférable dans les cas appropriés puisqu'elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*.

Par ailleurs, la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité prononcée par le tribunal n'est pas vraiment pertinente lorsque l'on examine quelle solution, de l'interprétation large ou de l'annulation, empiète moins sur le corps législatif en tant qu'institution. En décidant de conférer une interprétation large à l'incompatibilité ou de l'annuler, le tribunal a déjà choisi le moyen le moins attentatoire. Si dans un cas particulier, l'interprétation large est moins attentatoire que l'annulation, il n'y a pas lieu de croire qu'une suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité serait une meil-

the legislature would not normally be forced to act. This is a serious interference in itself with the institution of the legislature. Where reading in is appropriate, the legislature may consider the issue in its own good time and take whatever action it wishes. Thus delayed declarations of nullity should not be seen as preferable to reading in in cases where reading in is appropriate.

leure option. Suspender l'effet d'une déclaration d'invalidité entraîne un renvoi de la question au législateur à un moment qu'il n'a pas choisi et lui impose de prendre des mesures à l'intérieur de délais qui ne seraient normalement pas les siens. Il s'agit là d'un grave empiétement sur l'institution qu'est le corps législatif. Quand l'interprétation est la solution appropriée, le législateur peut examiner la question au moment où il le juge opportun et prendre les mesures qu'il désire. En conséquence, la suspension de l'effet d'une déclaration d'invalidité ne devrait pas être préférée à l'interprétation large lorsqu'il convient de procéder par interprétation large.

The question whether to delay the application of a declaration of nullity should therefore turn not on considerations of the role of the courts and the legislature, but rather on considerations listed earlier relating to the effect of an immediate declaration on the public.

D. Summary

It is valuable to summarize the above propositions with respect to the operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* before turning to the question of the independent availability of remedies pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. Section 52 is engaged when a law is itself held to be unconstitutional, as opposed to simply a particular action taken under it. Once s. 52 is engaged, three questions must be answered. First, what is the extent of the inconsistency? Second, can that inconsistency be dealt with alone, by way of severance or reading in, or are other parts of the legislation inextricably linked to it? Third, should the declaration of invalidity be temporarily suspended? The factors to be considered can be summarized as follows:

D. Sommaire

Avant l'examen des mesures de réparation distinctes conformément au par. 24(1) de la *Charte*, il serait bon de résumer les propositions précitées relatives à l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'application de l'art. 52 est déclenchée lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle en soi, par opposition à une simple mesure prise sous son régime. Une fois déclenchée l'application de l'art. 52, il faut répondre à trois questions. Premièrement, quelle est l'étendue de l'incompatibilité? Deuxièmement, peut-on régler isolément le problème de cette incompatibilité, que ce soit par dissociation ou interprétation large, ou est-elle inextricablement liée à d'autres parties de la loi? Troisièmement, doit-il y avoir suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité? Voici succinctement les facteurs dont il faut tenir compte:

(i) The Extent of the Inconsistency

The extent of the inconsistency should be defined:

(i) L'étendue de l'incompatibilité

L'étendue de l'incompatibilité doit être déterminée:

A. broadly where the legislation in question fails the first branch of the *Oakes* test in that its purpose is held not to be sufficiently pressing or substantial to justify infringing a *Charter* right or, indeed, if the purpose is itself held to be unconstitutional—perhaps the legislation in its entirety;

B. more narrowly where the purpose is held to be sufficiently pressing and substantial, but the legislation fails the first element of the proportionality branch of the *Oakes* test in that the means used to achieve that purpose are held not to be rationally connected to it—generally limited to the particular portion which fails the rational connection test; or,

C. flexibly where the legislation fails the second or third element of the proportionality branch of the *Oakes* test.

(ii) Severance/Reading In

Severance or reading in will be warranted only in the clearest of cases, that is, where each of the following criteria is met:

A. the legislative objective is obvious, or it is revealed through the evidence offered pursuant to the failed s. 1 argument, and severance or reading in would further that objective, or constitute a lesser interference with that objective than would striking down;

B. the choice of means used by the legislature to further that objective is not so unequivocal that severance/reading in would constitute an unacceptable intrusion into the legislative domain;

C. severance or reading in would not involve an intrusion into legislative budgetary decisions so substantial as to change the nature of the legislative scheme in question.

A. de façon large dans le cas où la loi ne satisfait pas au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* en ce que son objectif ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*; ou encore, que l'objectif du texte est jugé inconstitutionnel—and peut-être même la loi dans sa totalité;

B. de façon plus étroite lorsque l'objectif se rapporte à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles, mais que le texte législatif ne satisfait pas au premier élément du volet de la proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes* en ce que les moyens choisis pour atteindre cet objectif n'ont pas un lien rationnel avec cet objectif—généralement restreint à la partie qui ne satisfait au critère du lien rationnel;

C. avec souplesse lorsque le texte législatif ne satisfait pas au deuxième ou au troisième élément du volet de la proportionnalité du critère de l'arrêt *Oakes*.

(ii) Dissociation/Interprétation large

Il sera justifié d'opter pour la dissociation ou l'interprétation large seulement dans les cas les plus clairs, chacun des critères suivants devant avoir été respectés:

A. l'objectif législatif est évident ou ressort des éléments de preuve déposés dans le cadre de l'examen fondé sur l'article premier, qui a échoué, et la dissociation ou l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'annulation de la loi;

B. le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre cet objectif n'est pas assez incontestable pour que la dissociation ou l'interprétation large constitue un empiétement inacceptable sur le domaine législatif;

C. la dissociation ou l'interprétation large ne comporterait pas un empiétement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question.

(iii) Temporarily Suspending the Declaration of Invalidity

Temporarily suspending the declaration of invalidity to give Parliament or the provincial legislature in question an opportunity to bring the impugned legislation or legislative provision into line with its constitutional obligations will be warranted even where striking down has been deemed the most appropriate option on the basis of one of the above criteria if:

A. striking down the legislation without enacting something in its place would pose a danger to the public;

B. striking down the legislation without enacting something in its place would threaten the rule of law; or,

C. the legislation was deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth, and therefore striking down the legislation would result in the deprivation of benefits from deserving persons without thereby benefiting the individual whose rights have been violated.

I should emphasize before I move on that the above propositions are intended as guidelines to assist courts in determining what action under s. 52 is most appropriate in a given case, not as hard and fast rules to be applied regardless of factual context.

III. Section 24(1)**A. Section 24(1) Alone**

Where s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is not engaged, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* may nonetheless be available. This will be the case where the statute or provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person's *Charter* rights. Section 24(1) would then provide for an individ-

(iii) Suspension temporaire de l'effet de la déclaration d'invalidité

Un tribunal sera justifié de suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité afin de donner au législateur fédéral ou provincial concerné l'occasion d'harmoniser la loi ou la disposition législative avec ses obligations constitutionnelles même lorsque l'annulation a été jugée l'option la plus appropriée par rapport à l'un des critères cités précédemment. Cette suspension sera ordonnée dans l'un ou l'autre des cas suivants:

A. l'annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement poserait un danger pour le public;

B. l'annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement menacerait la primauté du droit;

C. la loi a été jugée inconstitutionnelle parce qu'elle est limitative et non parce qu'elle a une portée trop large et son annulation priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés.

Je tiens à préciser que ces propositions ne sont que des lignes directrices destinées à aider les tribunaux à déterminer quelle sera la solution la plus appropriée en vertu de l'art. 52; elles ne se veulent pas des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits.

^h

III. *Le paragraphe 24(1)***A. Le paragraphe 24(1) seul**

Même lorsque l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas déclenchée, il peut y avoir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cela peut se produire quand la loi ou la disposition législative n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'elle a donné lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis

^j

ual remedy for the person whose rights have been so infringed.

This course of action has been described as "reading down as an interpretive technique", but it is not reading down in any real sense and ought not to be confused with the practice of reading down as referred to above. It is, rather, founded upon a presumption of constitutionality. It comes into play when the text of the provision in question supports a constitutional interpretation and the violative action taken under it thereby falls outside the jurisdiction conferred by the provision. I held that this was the case in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, when I determined that a provision which provided a labour adjudicator with discretion to make a range of orders could not have been intended to provide him with the discretion to make unconstitutional orders. The legislation itself was not unconstitutional and s. 52 was not engaged, but the aggrieved party was clearly entitled to an individual remedy under s. 24(1).

B. Section 24(1) in Conjunction with Section 52

An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. Finally, if a court takes the course of reading down or in, a s. 24 remedy would probably only duplicate the relief flowing from the action that court has already taken.

par la *Charte*. Le paragraphe 24(1) offre une réparation à la personne dont les droits ont été violés.

Cette mesure a été décrite comme une sorte de technique d'interprétation atténuée; à ne pas confondre avec la véritable interprétation atténuée mentionnée ci-dessus. La réparation accordée se fonde plutôt sur une présomption de constitutionnalité. Elle entre en jeu si le texte de la disposition en question est jugé constitutionnel et que la mesure attentatoire à laquelle il a donné lieu n'est donc pas autorisée par la disposition. J'ai statué en ce sens dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, lorsque j'ai affirmé que le législateur, en conférant à un arbitre le pouvoir discrétionnaire de rendre une gamme d'ordonnances, ne pouvait avoir eu l'intention de lui conférer le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances inconstitutionnelles. Le texte législatif n'était pas inconstitutionnel en soi et il n'y avait pas lieu d'appliquer l'art. 52, mais la partie lésée avait clairement droit à une réparation en vertu du par. 24(1).

B. Le paragraphe 24(1) de concert avec l'article 52

Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaudrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d'invalidité. Enfin, si un tribunal décide de donner une interprétation atténuée ou une interprétation large, une réparation fondée sur l'art. 24 ne ferait probablement qu'accorder le même redressement que celui découlant de la mesure déjà prise par les tribunaux.

IV. Remedial Options Appropriate to this Case

A. The Nature of the Right Involved

The right which was determined to be violated here is a positive right: the right to equal benefit of the law. Positive rights by their very nature tend to carry with them special considerations in the remedial context. It will be a rare occasion when a benefit conferring scheme is found to have an unconstitutional purpose. Cases involving positive rights are more likely to fall into the remedial classifications of reading down/reading in or striking down and suspending the operation of the declaration of invalidity than to mandate an immediate striking down. Indeed, if the benefit which is being conferred is itself constitutionally guaranteed (for example, the right to vote), reading in may be mandatory. For a court to deprive persons of a constitutionally guaranteed right by striking down underinclusive legislation would be absurd. Certainly the intrusion into the legislative sphere of extending a constitutionally guaranteed benefit is warranted when the benefit was itself guaranteed by the legislature through constitutional amendment.

Other rights will be more in the nature of “negative” rights, which merely restrict the government. However, even in those cases, the rights may have certain positive aspects. For instance, the right to life, liberty and security of the person is in one sense a negative right, but the requirement that the government respect the “fundamental principles of justice” may provide a basis for characterizing s. 7 as a positive right in some circumstances. Similarly, the equality right is a hybrid of sorts since it is neither purely positive nor purely negative. In some contexts it will be proper to characterize s. 15 as providing positive rights.

The benefit with which we are concerned here is a monetary benefit for parents under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, not one which Parliament is constitutionally obliged to provide to the included group or the excluded group. What Par-

IV. Les mesures correctives appropriées en l'espèce

A. La nature du droit en cause

a En l'espèce, le droit violé est un droit positif: le droit au même bénéfice de la loi. De par leur nature, les droits positifs sont habituellement assortis de considérations spéciales dans le contexte des mesures correctives. On considérera rarement que l'objectif d'un régime de bénéfices est inconstitutionnel. La violation de droits positifs donnera plus probablement lieu aux mesures correctives de l'interprétation atténuee ou large, ou de l'annulation et de la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité plutôt qu'à une annulation immédiate du texte législatif. En fait, si le bénéfice en question est garanti par la Constitution (par exemple, le droit de vote), il sera impératif de donner une interprétation large au texte en question. Il serait absurde pour un tribunal de priver une personne d'un droit que lui garantit la Constitution par l'annulation d'une loi qui est trop limitative. *b* Certes, un tribunal est justifié d'empiéter sur le domaine législatif de l'élargissement d'un bénéfice garanti par la Constitution dans le cas où ce bénéfice a été lui-même garanti par le législateur par suite d'une modification constitutionnelle.

c D'autres droits seront davantage de la nature de droits «négatifs», visant simplement à restreindre l'action gouvernementale. Toutefois, même dans ces cas, les droits peuvent avoir certains aspects positifs. Par exemple, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne constitue en un sens un droit négatif, mais l'exigence voulant que le gouvernement respecte «les principes de justice fondamentale» peut permettre de qualifier l'art. 7 de droit positif dans certaines circonstances. De même, le droit à l'égalité est une sorte de droit hybride, n'étant ni tout à fait positif ni tout à fait négatif. Dans certains contextes, il conviendra de dire que l'art. 15 confère des droits positifs.

d En l'espèce, le bénéfice est une somme d'argent versée aux parents en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et il ne s'agit pas d'un bénéfice que la Constitution oblige le Parlement à verser au groupe inclus ou au groupe exclu. À la suite

liament is obliged to do, by virtue of the conceded s. 15 violation, is equalize the provision of that benefit. The benefit itself is not constitutionally prohibited; it is simply underinclusive. Thus striking down the provision immediately would be inappropriate as such a course of action would deprive eligible persons of a benefit without providing any relief to the respondent. Such a situation demands, at the very least, that the operation of any declaration of invalidity be suspended to allow Parliament time to bring the provision into line with constitutional requirements. All of the intervening provincial Attorneys General agreed with this proposition, although, for the most part, they intervened on behalf of the appellants. The question which remains is whether this is a case in which it is appropriate to go further and read the excluded group into the legislation. This question must be answered with reference to the specific legislation under consideration.

B. The Context of the Unemployment Insurance Act, 1971

It is not difficult to discern the legislative objective of this scheme as a whole. The following overall objective emerges from Justice La Forest's judgment concerning the same legislative scheme in *Tétreault-Gadoury, supra*, at p. 41:

... to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market.

It is, however, not as simple to discern the objective of the particular provision. It is not clear on the text of the provision alone that the purpose of it is to extend benefits to parents of newborns caring for them at home, a purpose which reading in the excluded group would further. Indeed, on the express language of the provision, one could quickly conclude that the benefits were only intended to be conferred on adoptive parents and that natural parents were deliberately excluded. One could postulate that the provision was specifically aimed at responding to circumstances peculiar to adoptive parents. Certainly this possibility

de la violation concédée de l'art. 15, le Parlement est tenu d'égaliser la prestation de ce bénéfice. Le bénéfice en soi n'est pas interdit par la Constitution; la disposition pertinente est simplement trop limitative. En conséquence, il serait inapproprié de procéder à l'annulation immédiate de la disposition car on priverait ainsi des personnes admissibles d'un bénéfice, sans offrir une réparation à l'intimé. Dans un tel cas, il faut tout au moins que l'effet de la déclaration d'invalidité soit suspendu pour permettre au Parlement d'harmoniser la disposition avec les exigences constitutionnelles. Tous les procureurs généraux intervenants sont d'accord avec cette proposition même si la plupart d'entre eux sont intervenus en faveur des appétantes. Il reste maintenant à déterminer s'il s'agit d'un cas où il faut donner à la disposition une interprétation large afin d'y inclure le groupe exclu. Pour répondre à cette question, on doit examiner le texte législatif en question.

B. Le contexte de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage

Il n'est pas difficile d'établir l'objectif législatif de ce régime. Cet objectif global se dégage du jugement du juge La Forest dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, à la p. 41:

... d'établir un régime d'assurance sociale aux fins d'indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et d'assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail.

Toutefois, il n'est pas aussi simple de dégager l'objectif de la disposition attaquée. Le libellé de la disposition n'indique pas clairement que l'objectif est d'étendre les prestations aux parents de nouveau-nés qui demeurent à la maison pour s'en occuper; donner à cette disposition une interprétation large de manière à englober le groupe exclu favoriserait l'atteinte de cet objectif. En fait, à partir du libellé de la disposition, on pourrait rapidement conclure que l'on avait seulement l'intention d'accorder des prestations aux parents adoptifs et que l'on a délibérément exclu les parents naturels. On pourrait supposer que la disposition vise

cannot be ruled out on the basis of the text of the provision alone, and we have not been provided with the further assistance of a s. 1 argument here or in the courts below.

Without a mandate based on a clear legislative objective, it would be imprudent for me to take the course of reading the excluded group into the legislation. A consideration of the budgetary implications of such a course of action further underlines this conclusion. This is not a situation comparable to that in *Tétreault-Gadoury, supra*. There, the budgetary implications of severing the provision in question were not extensive. The group of people not previously entitled to benefit by the scheme who would become eligible was a small, discrete group. Here, the excluded group sought to be included likely vastly outnumbers the group to whom the benefits were already extended.

Given the nature of the benefit and the size of the group to whom it is sought to be extended, to read in natural parents would in these circumstances constitute a substantial intrusion into the legislative domain. This intrusion would be substantial enough to change potentially the nature of the scheme as a whole. If this Court were to dictate that the same benefits conferred on adoptive parents under s. 32 be extended to natural parents, the ensuing financial shake-up could mean that other benefits to other disadvantaged groups would have to be done away with to pay for the extension. Parliament and the provincial legislatures are much better equipped to assess the whole picture in formulating solutions in cases such as these. Clearly, the appropriate action for the Court to take is to declare the provision invalid but to suspend that declaration to allow the legislative body in ques-

expressément à répondre à la situation particulière des parents adoptifs. Cette hypothèse ne peut certainement pas être écartée sur le seul fondement du libellé de la disposition; en outre, ni notre Cour ni les tribunaux d'instance inférieure n'ont eu l'avantage additionnel d'examiner des éléments de preuve à l'appui d'une analyse fondée sur l'article premier.

b

En l'absence d'un mandat fondé sur un objectif législatif clair, il serait imprudent pour moi de donner à la disposition une interprétation large de manière à inclure le groupe exclu. Un examen des répercussions financières qui s'ensuivraient vient aussi appuyer cette conclusion. Il ne s'agit pas d'une situation comparable à celle observée dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité. Dans cette affaire, les répercussions financières du retranchement de la disposition n'étaient pas importantes. En effet, les personnes inadmissibles qui devaient admissibles constituaient un groupe restreint. En l'espèce, le groupe exclu dont on cherche l'inclusion est vraisemblablement beaucoup plus important que celui à qui sont déjà versées les prestations.

f Compte tenu de la nature de la prestation et de la taille du groupe visé par la réparation, introduire par interprétation large les parents naturels dans la disposition constituerait dans les circonstances un empiétement important sur le domaine législatif. Cet empiétement serait peut-être suffisamment important pour modifier la nature de l'ensemble du régime. Si notre Cour devait imposer le versement aux parents naturels des mêmes prestations que celles accordées aux parents adoptifs en vertu de l'art. 32, la grande restructuration financière requise à cette fin entraînerait peut-être l'élimination du paiement d'autres prestations à d'autres groupes défavorisés. Les législateurs fédéral et provinciaux sont en bien meilleure position pour évaluer l'ensemble de la situation lorsqu'ils doivent élaborer des solutions dans des cas comme celui-ci. De toute évidence, notre Cour doit déclarer la disposition inopérante et suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur concerné ait soupesé tous les facteurs pertinents dans

j

tion to weigh all the relevant factors in amending the legislation to meet constitutional requirements.

I think it significant and worthy of mention that in this case Parliament did amend the impugned provision following the launching of this action, and that that amendment was not the one that reading in would have imposed. Parliament equalized the benefits given to adoptive parents and natural parents but not on the same terms as they were originally conferred by s. 32. The two groups now receive equal benefits for ten weeks rather than the original fifteen. This situation provides a valuable illustration of the dangers associated with reading in when legislative intention with respect to budgetary issues is not clear. In this case, reading in would not necessarily further the legislative objective and it would definitely interfere with budgetary decisions in that it would mandate the expenditure of a greater sum of money than Parliament is willing or able to allocate to the program in question.

le cadre de la modification de la loi en vue de répondre aux exigences constitutionnelles.

À mon avis, il vaut la peine de signaler qu'en l'espèce le Parlement a modifié la disposition attaquée par suite de la présente action et que cette modification n'est pas celle qu'aurait imposée une interprétation large. Le Parlement a accordé les mêmes prestations aux parents adoptifs et aux parents naturels, mais pas aux mêmes conditions que celles que prévoyait initialement l'art. 32. Les deux groupes reçoivent maintenant les mêmes prestations pendant dix semaines au lieu de quinze. Cette situation constitue une illustration utile des risques de l'interprétation large dans les cas où l'intention législative n'est pas claire relativement aux questions financières. En l'espèce, donner une interprétation large à la disposition ne favoriserait pas nécessairement l'atteinte de l'objectif législatif et empiéterait manifestement sur les décisions financières puisqu'on forcerait ainsi le Parlement à affecter au programme plus de fonds qu'il ne le souhaite ou qu'il est en mesure d'affecter.

The Constitutional Questions

Following from the above analysis, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the Federal Court Trial Division, having found that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (subsequently s. 20 of the *Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1*) creates unequal benefit contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by making a distinction between the benefits available to natural and adoptive parents, required by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to declare that s. 32 is of no force and effect?

The answer to question one is, in the present circumstances, yes, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. This is not to say that s. 52 does not provide the flexibility to stop short of striking out an unconstitutional provision in its entirety. Given the

Les questions constitutionnelles

Compte tenu de l'analyse qui précède, je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Puisqu'elle a conclu que l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (par la suite l'art. 20 de la *Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985)*, ch. U-1) crée un bénéfice inégal contrairement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'il établit une distinction entre les prestations que peuvent toucher les parents naturels et les parents adoptifs, la Section de première instance de la Cour fédérale est-elle tenue par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* de déclarer que l'art. 32 est inopérant?

La réponse à la première question est, dans les circonstances, affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. Cela ne signifie pas que l'art. 52 n'a pas la souplesse requise pour offrir une mesure corrective

appropriate circumstances, a court may choose the options of severance or reading in by which to bring the provision in line with the *Charter*. These options should be exercised only in the clearest of cases, keeping in mind the principles articulated above relating to the nature of the right and the specific context of the legislation.

2. Does s. 24(1) of the *Charter* confer on the Federal Court Trial Division the power to order that natural parents are entitled to benefits on the same terms as benefits are available to adoptive parents under s. 32 (subsequently s. 20) of that Act?

The answer to question two is no. Section 24(1) provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's *Charter* rights. Again, however, a limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Disposition

In the result, the appeal is allowed and the judgment of the trial judge set aside. Normally, I would order that s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (subsequently s. 20 of the *Unemployment Insurance Act, 1985*) be struck down pursuant to s. 52 and be declared to be of no force or effect, and I would further suspend the operation of this declaration to allow Parliament to amend the legislation to bring it into line with its constitutional obligations. There is, however, no need for a declaration of invalidity or a suspension thereof at this stage of this matter given the November 1990 repeal and replacement of the impugned provision.

Further, this is not a case in which extending a remedy, for example damages, under s. 24(1) to the respondent would be appropriate. The classic doctrine of damages is that the plaintiff is to be put in the position he or she would have occupied had there been no wrong. In the present case, there are two possible positions the plaintiff could have

autre que l'annulation d'une disposition inconstitutionnelle dans sa totalité. Dans les circonstances appropriées, un tribunal peut opter pour la dissociation ou une interprétation large de façon à harmoniser la disposition avec la *Charte*. On ne devrait exercer cette option que dans les cas les plus clairs, compte tenu des principes énoncés ci-dessus relativement à la nature du droit et au contexte spécifique de la loi.

2. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* donne-t-il à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de statuer que les parents naturels ont droit aux mêmes prestations, suivant les mêmes conditions, que celles que peuvent toucher les parents adoptifs en vertu de l'art. 32 (par la suite l'art. 20) de la Loi?

Il faut répondre à cette question par la négative. Le paragraphe 24(1) prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la *Charte*. Toutefois, dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de donner une interprétation large à une loi pour étendre le champ d'application.

Dispositif

f En définitive, le pourvoi est accueilli et le jugement du juge de première instance est infirmé. Normalement, j'ordonnerais que l'art. 32 de la *Loi de 1971 de l'assurance-chômage* (par la suite l'art. 20 de la *Loi sur l'assurance-chômage*) soit annulé conformément à l'art. 52 et soit déclaré inopérant et je suspendrais aussi l'effet de cette déclaration d'invalidité jusqu'à ce que le Parlement ait modifié la loi pour l'harmoniser avec ses obligations constitutionnelles. Toutefois, je n'ai pas à le faire en l'espèce puisque la disposition attaquée a été abrogée et remplacée en novembre 1990.

i Par ailleurs, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où il serait approprié d'accorder une réparation à l'intimé, par exemple des dommages-intérêts, en vertu du par. 24(1). La doctrine classique en matière de dommages-intérêts est que le plaignant doit être mis dans la situation où il aurait été s'il n'y avait pas eu faute. En l'espèce, le plaignant

been in had there been no wrong. The plaintiff could have received the benefit equally with the original beneficiaries, or there could have been no benefit at all, for the plaintiff or the original beneficiaries. The remedial choice under s. 24 thus rests on an assumption about which position the plaintiff would have been in. However, I have already determined which assumption should be made in the analysis under s. 52, and have determined that it cannot be assumed that the legislature would have enacted the benefit to include the plaintiff. Therefore, the plaintiff is in no worse position now than had there been no wrong.

aurait pu se trouver dans deux situations différentes: il aurait pu recevoir les prestations au même titre que les bénéficiaires initiaux ou encore ne pas en recevoir du tout, si les prestations n'avaient été offertes ni au plaignant ni aux bénéficiaires initiaux. Le choix de la réparation en vertu de l'art. 24 repose en conséquence sur une hypothèse quant à la situation dans laquelle se serait trouvé le plaignant. Toutefois, j'ai déjà déterminé quelle est l'hypothèse qui doit être faite dans le cadre d'une analyse en vertu de l'art. 52 et j'ai établi que l'on ne peut supposer que le législateur aurait adopté le bénéfice de façon à inclure le plaignant. En conséquence, le plaignant ne se trouve pas maintenant dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé s'il n'y avait pas eu faute.

Despite the fact that the respondent has lost in this Court, I do not feel it appropriate that he should bear the costs. He did win with respect to the s. 15 issue at trial and the subsequent litigation has, upon the concession of the appellants, centred only on choice of remedy. According to this concession, the respondent by his claim brought a deficiency to the attention of Parliament which has since been remedied by the repeal and replacement of the impugned provision. He should not be penalized now because of a dispute solely with respect to remedy. I therefore award the respondent his solicitor-client costs.

Bien que l'intimé n'ait pas eu gain de cause devant notre Cour, je n'estime pas approprié de le condamner aux dépens. Il a eu gain de cause relativement à la question fondée sur l'art. 15 en première instance; l'autre poursuite a porté seulement sur le choix de la réparation, à la suite de la concession faite par les appelantes. Compte tenu de cette concession, l'intimé a attiré l'attention du Parlement sur une lacune de la loi à laquelle il a été remédié par l'abrogation et le remplacement de la disposition attaquée. Il ne devrait pas être pénalisé parce que le différend a porté seulement sur la question de la réparation. En conséquence, l'intimé a droit à ses dépens comme entre procureur et client.

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

LA FOREST J.—I have had the benefit of reading the reasons of the Chief Justice and I agree with his proposed disposition and answers to the constitutional questions. I take this approach on the simple basis that the legislation concerned concededly violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that it does not fall within the very narrow type of cases where only a portion of the legislation may be read down or corrected by reading in material as being obviously intended by the legislature in any event. As the Chief Justice points out, there is a long tradition of reading down legisla-

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et je suis d'accord avec le dispositif qu'il propose et avec ses réponses aux questions constitutionnelles. Ma position repose sur le simple fait que l'on a concédé que la loi en cause viole la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle ne fait pas partie du genre très limité de causes où seule une partie de la loi peut faire l'objet d'une interprétation atténuée ou d'une correction qui introduit, par interprétation large, des éléments reflétant de toute façon l'intention évidente du législateur. Comme le souligne le Juge

tion, and I see no reason, where it substantially amounts to the same thing, why reading in should not also be done. I note that the Chief Justice states, and I agree, that these devices should only be employed in the clearest of cases. The courts are not in the business of rewriting legislation. I also agree that there is little point in light of Parliament's subsequent action to declare the impugned legislation invalid and then suspend that declaration.

That is sufficient to dispose of the case, and I find it unnecessary to elaborate further. In limiting my reasons in this way, however, I would not wish it to be thought that I fundamentally disagree with what the Chief Justice has to say regarding the means for assessing when the techniques of reading down or reading in should be adopted. Indeed, I find his reasons very helpful in this regard. Rather I take this narrow approach because the unsatisfactory manner in which this case has been presented to us makes it necessary to respond to the issues in the abstract, which leads to the risk of misleading or insufficiently qualified pronouncements.

To begin with, I am by no means sure there was a violation of the *Charter* in this case. At first sight (and the Chief Justice alludes to this) it does not seem wholly unreasonable that Parliament might have good reason to encourage adoptive parents as a group, and the effect of the judicial intervention has been to divert from that group some of the monies intended to meet the problem Parliament may have had in contemplation. This Court has repeatedly stated that Parliament may constitutionally attack one problem, or part of a problem, at a time. But the manner in which the case was presented requires us to assume constitutional invalidity in the absence of any evidence as to context, which I would have thought was essential to a consideration of the extent of inconsistency with the *Charter*.

en chef, l'interprétation atténuée des lois est riche d'une longue tradition et, à mon avis, l'interprétation large devrait également être appliquée lorsque cela revient essentiellement au même. Je remarque que le Juge en chef mentionne, et je partage son opinion, qu'on ne devrait utiliser ces techniques que dans les cas les plus clairs. Il n'appartient pas aux tribunaux de récrire la loi. Je conviens également qu'il n'est guère opportun, compte tenu de la mesure prise subséquemment par le Parlement, de déclarer inopérante la disposition attaquée et de suspendre l'effet de cette déclaration.

Il n'en faut pas plus pour résoudre l'affaire, et il est inutile de commenter davantage. Il ne faudrait toutefois pas croire que, en limitant ainsi mes motifs, je suis fondamentalement en désaccord avec l'opinion exprimée par le Juge en chef sur les moyens permettant de déterminer les cas où il convient d'appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large. En fait, ses motifs me sont d'une aide précieuse à cet égard. J'adopte plutôt cette démarche restrictive parce que la manière peu satisfaisante dont nous avons été saisis de cette affaire nous oblige à répondre aux questions dans l'abstrait, ce qui entraîne le risque de rendre des décisions trompeuses ou insuffisamment assorties de réserves.

Tout d'abord, je ne suis pas du tout certain qu'en l'espèce la *Charte* ait été violée. À première vue (et le Juge en chef y fait allusion), il ne semble pas tout à fait déraisonnable de croire que le Parlement ait pu avoir d'excellentes raisons d'encourager les parents adoptifs en tant que groupe; l'intervention judiciaire a eu pour effet de priver ce groupe d'une partie des fonds destinés à répondre au problème que le Parlement avait probablement en vue. Notre Cour a, à maintes reprises, mentionné que le Parlement peut, à un moment, s'attaquer par voie constitutionnelle à un problème ou à une partie de celui-ci. Mais la façon dont l'affaire nous a été soumise nous oblige à présumer du caractère inconstitutionnel en l'absence d'éléments de preuve sur le contexte qui, à mon avis, sont essentiels à l'étude de l'étendue de l'incompatibilité avec la *Charte*.

Ordinarily, a case is dealt with in light of facts that define the scope of the Court's pronouncement. Here we are forced to deal with the tests for reading down or reading in in a manner that may give the impression that they are of universal application. But it must be underlined that the case is one involving a scheme of social assistance which may dictate a quite different approach from that which one would follow in other areas. Thus this Court has repeatedly stated in cases like *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36, for example, that it was not the business of the courts to invent schemes that had the effect of increasing police powers (at pp. 56-57). The rationale for this was not so much the complexity of possible schemes (as the Chief Justice appears to suggest at one stage), but rather that this could distract the courts from their fundamental duty under the *Charter* to protect the rights guaranteed to the individual.

Normalement, on étudie une affaire en tenant compte des faits qui délimitent la portée d'une décision de la Cour. En l'espèce, nous sommes contraints d'aborder les critères relatifs à l'interprétation atténuée ou à l'interprétation large d'une façon qui risque de donner l'impression qu'ils sont d'application universelle. Il faut toutefois souligner que l'affaire met en cause un régime d'aide sociale qui peut prescrire une méthode très différente de celle qu'on adopterait dans d'autres domaines. Ainsi, notre Cour a maintes fois énoncé dans ses arrêts, par exemple dans *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'inventer des régimes ayant pour effet d'augmenter les pouvoirs de la police (aux pp. 56 et 57). Cette opinion s'explique non pas tant par la complexité des régimes possibles (comme le Juge en chef semble le laisser entendre à un certain moment), mais par le risque de détourner les tribunaux de leur devoir fondamental, aux termes de la *Charte*, de protéger les droits garantis aux particuliers.

Comme je l'ai remarqué précédemment, le fait est que le pouvoir législatif appartient au Parlement et aux législatures. Les tribunaux ont le devoir de veiller à ce que les lois répondent aux normes constitutionnelles et de les déclarer inopérantes dans le cas contraire. Ils exercent ainsi une pression sur les corps législatifs qui doivent, dès le départ, s'en tenir aux limites de leurs pouvoirs constitutionnels. On ne devrait pas s'en remettre aux tribunaux pour corriger des lois invalides. Les régimes d'aide sociale ouvrent peut-être plus grande la porte à l'intervention judiciaire (et la rendent certainement plus tentante). Dans l'affaire *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, par exemple, le Parlement adopterait sûrement la réparation, qui est évidente, plutôt que de voir disparaître le régime entier. Mais lorsqu'il s'agit de lois qui empiètent sur la liberté de la personne, les tribunaux devraient adopter une position dissuadant les législateurs d'adopter des dispositions ayant une portée trop large et devraient se montrer peu empressés à apporter une mesure corrective.

The simple fact is, as I noted before, that it is for Parliament and the legislatures to make laws. It is the duty of the courts to see that those laws conform to constitutional norms and declare them invalid if they do not. This imposes pressure on legislative bodies to stay within the confines of their constitutional powers from the outset. Reliance should not be placed on the courts to repair invalid laws. In social assistance schemes, there is perhaps more room (and certainly more temptation) for judicial intervention, in cases like *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, for example, where the remedy is obvious and Parliament would clearly enact it rather than have the whole scheme fail. But when one is dealing with laws that impinge on the liberty of the subject, the judicial stance should be one that does not encourage the legislature to overreach, and the courts should be slow indeed to provide a corrective.

I have added these comments to underline that there are further dimensions (and I have mentioned only a few) to the issue of reading in and reading down that will require qualifications to the propositions set down by the Chief Justice. I note that he has wisely indicated that these propositions are intended as guidelines to assist the courts and not as hard and fast rules to be applied regardless of factual context.

Where I am most doubtful about the Chief Justice's reasons is in closely tying the process of reading down or reading in with the checklist set forth in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Though this may be useful at times, it may, I fear, encourage a mechanistic approach to the process, rather than encourage examination of more fundamental issues, such as those to which I have referred above, issues that go well beyond the factual context.

Appeal allowed, with costs to the respondent. The first constitutional question should be answered in the affirmative, leaving open the option of suspending the declaration of invalidity for a period of time to allow Parliament to amend the legislation in a way which meets its constitutional obligations. The second constitutional question should be answered in the negative. Section 24(1) of the Charter provides an individual remedy for actions taken under a law which violate an individual's Charter rights. A limited power to extend legislation is available to courts in appropriate circumstances by way of the power to read in derived from s. 52 of the Constitution Act, 1982.

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

Solicitors for the respondent Shalom Schachter:
Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

J'ai ajouté ces commentaires afin de souligner que la question de l'interprétation large et de l'interprétation atténuée comporte d'autres dimensions (je n'en ai mentionné que quelques-unes) en raison desquelles il faudra apporter des réserves aux propositions énoncées par le Juge en chef. Je remarque qu'il a sagement indiqué que ces propositions ne sont que des lignes directrices destinées à aider les tribunaux et qu'elles ne se veulent pas des règles rigides qui doivent être appliquées indépendamment des faits.

J'éprouve le plus de doutes relativement aux motifs du Juge en chef lorsqu'il lie étroitement l'application de l'interprétation atténuée ou de l'interprétation large à la liste établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Bien que cette méthode puisse être utile à l'occasion, je crains qu'elle ne favorise une attitude mécaniste face au processus, plutôt que l'étude de questions plus fondamentales, comme celles que j'ai mentionnées précédemment, et qui se situent bien au-delà des faits.

Pourvoi accueilli avec dépens à l'intimé. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, mais l'effet de cette déclaration d'invalidité peut être suspendu pendant un certain temps pour que le Parlement puisse modifier le texte législatif d'une façon qui lui permette de respecter ses obligations constitutionnelles. La seconde question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Le paragraphe 24(1) de la Charte prévoit une réparation individuelle lorsque des mesures prises en vertu d'une loi violent les droits garantis à une personne par la Charte. Dans les circonstances appropriées, les tribunaux ont un pouvoir limité, en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, de donner une interprétation large à une loi pour en étendre le champ d'application.

Procureur des appelantes: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimé Shalom Schachter:
Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent Women's Legal Education and Action Fund: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Solicitors for the intervener Minority Advocacy Rights Council: Cogan & Cogan, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

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

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

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

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

e Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

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

Procureurs de l'intervenant le Conseil de revendication des droits des minorités: Cogan & Cogan, Ottawa.