

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

<b>Référence :</b> Baier <i>c.</i> Alberta, [2007] 2 R.C.S. 673, 2007 CSC 31	<b>Date :</b> 20070629 <b>Dossier :</b> 31526
--	--

**Entre :**

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

et

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

et

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

**Traduction française officielle**

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

<b>Motifs de jugement :</b> (par. 1 à 69)	Le juge Rothstein (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps et Charron)
<b>Motifs concordants :</b> (par. 70 à 78)	Le juge LeBel (avec l'accord des juges Bastarache et Abella)
<b>Motifs dissidents :</b> (par. 79 à 123)	Le juge Fish

---

baier c. alberta

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

*Appelants*

*c.*

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

*Intimée*

et

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

*Intervenants*

**Répertoire : Baier c. Alberta**

**Référence neutre : 2007 CSC 31.**

N° du greffe : 31526.

2006 : 9 novembre; 2007 : 29 juin.

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

en appel de la cour d'appel de l'alberta

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

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

*Droit de l'éducation — Autorités scolaires — Élections des conseils scolaires — Inéligibilité des employés d'écoles — Loi provinciale empêchant les employés d'écoles*

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

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

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

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Charron et **Rothstein** : Le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice d'une telle fonction sont des activités possédant un caractère suffisamment expressif pour justifier l'examen de la question de savoir s'il y a violation de l'al. 2*b*). L'article 2 impose d'une manière générale au gouvernement une obligation négative et non une obligation positive de protection ou d'aide. En l'espèce, le droit invoqué est un droit positif, les appelants cherchant à obtenir l'accès à la tribune d'origine législative que constituent la possibilité de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction. Le fait qu'ils aient eu accès à cette tribune avant l'entrée en vigueur des modifications ne saurait transformer le droit qu'ils demandent en un droit négatif. Comme les appelants revendiquent un droit positif, il faut se demander si cette demande satisfait aux critères susceptibles de justifier une exception à la règle générale selon laquelle l'al. 2*b*) n'accorde sa protection qu'en cas d'ingérence du gouvernement. [20] [33] [35 36] [43]

Les demandes contestant le caractère non inclusif d'une mesure législative doivent être fondées sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis. Comme la demande des appelants invoque l'accès à un régime légal précis, celui des conseils scolaires, elle ne satisfait pas au premier critère énoncé dans *Dunmore*. Leur demande ne satisfait pas non plus au deuxième critère énoncé dans cet arrêt. Les appelants n'ont pas établi que le fait d'être en pratique exclus des conseils scolaires entrave substantiellement leur possibilité de s'exprimer sur les questions touchant

le système d'éducation. Les modifications les privent peut être d'un moyen d'expression en particulier, mais il n'a pas été démontré qu'il leur serait impossible, faute d'être inclus dans ce régime légal, de s'exprimer sur ce sujet. Les appelants n'ont pas non plus prouvé que les modifications avaient pour objet de porter atteinte à leur liberté d'expression. Étant donné que les appelants n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à leur capacité d'exercer leur liberté d'expression, il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième critère établi dans *Dunmore*. [44] [48] [54]

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

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

de minorité distincte et isolée. Les appelants n'ont pas établi que le statut professionnel des employés d'écoles est un indicateur permanent de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. [63] [65] [67]

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

*Le juge Fish* (dissident) : La suppression délibérée de l'expression politique par l'Alberta contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Une assemblée législative qui met en place un système de conseils élus démocratiquement pour administrer un aspect fondamental de l'activité gouvernementale ne saurait ensuite empêcher une catégorie ou un groupe de

personnes par ailleurs qualifiées de siéger à ces conseils, sans qu'il soit nécessaire de justifier cette exclusion au regard de l'article premier de la *Charte*. [79] [86]

La Cour a toujours donné une interprétation large à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et l'arrêt *Dunmore* ne devrait pas être invoqué pour la restreindre. Une interprétation restrictive de cet arrêt permettrait aux législatures, dont l'action ne serait limitée que par les obligations qui leur incombent en vertu de l'art. 15, de nier systématiquement à certains groupes l'accès à des tribunes d'expression d'origine législative par ailleurs offertes à l'ensemble de la population. L'arrêt *Dunmore* doit plutôt être considéré au regard de la pratique de notre Cour qui consiste à interpréter largement la liberté d'expression et, dans le cadre de l'analyse, à examiner à l'étape de la justification les restrictions imposées à une activité expressive. Cette façon de faire revêt encore plus d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, il est question de l'expression politique associée à la participation à une importante institution démocratique. [99 100] [103]

La prétention des appelants se fonde sur la liberté fondamentale — garantie par la Constitution — de s'exprimer utilement sur des questions liées à l'éducation. Il est clair que cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif. Briguer un poste de conseiller scolaire et exercer cette fonction constituent des moyens particulièrement efficaces pour une personne d'exprimer son opinion sur les politiques d'éducation. Bien que la diminution de la capacité de communiquer un message n'entraîne pas toujours l'application

de l'al. 2b), la différence entre écrire une lettre à un conseiller scolaire et occuper un poste de conseiller n'est pas simplement qu'une question de degré. En interdisant aux employés d'écoles de participer aux élections des conseils scolaires et à la gouvernance de ces institutions, l'Alberta a fait davantage que restreindre une voie particulière d'expression. En empêchant les employés d'écoles de se porter candidats, l'Alberta a substantiellement entravé leur liberté d'expression. [105] [107 109]

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

## **Jurisprudence**

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts appliqués :** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; **arrêts mentionnés :** *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Montréal (Ville) c. 2952 1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62; *Delisle c. Canada (Sous procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Seimens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Lavigne c. Syndicat canadien des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge LeBel

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

Citée par le juge Fish (dissident)

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

### **Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d), 15.

*Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L 21, art. 21, 22.

*School Act*, R.S.A. 2000, ch. S 3.

*School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, art. 1(2).

### **Doctrine citée**

Cameron, B. Jamie. « The “Second Labour Trilogy”: A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi Cola* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2006, release 1).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le juge Rothstein —

## I. Introduction

1. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de dispositions législatives qui limitent la possibilité pour les employés d'écoles de se porter candidats aux élections pour les postes de conseillers scolaires en Alberta et d'exercer cette fonction.

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

## II. Contexte factuel

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

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

5. En 2004, l'Alberta a légiféré et élargi la portée de la restriction « visant l'employeur de l'intéressé » de façon à empêcher les employés d'écoles d'occuper un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province. La *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative ») a en effet modifié la Loi par l'adjonction d'une disposition précisant que n'est pas éligible aux élections pour les postes de conseillers, dans quelque conseil scolaire que ce soit, la personne qui est employée par *quelque* district ou division scolaire, école à charte ou école privée *que ce soit* en Alberta, sauf si elle a obtenu un congé. Si un employé d'école est élu conseiller scolaire, le par. 22(9) de la Loi s'applique : l'employé est réputé avoir démissionné pour exercer sa fonction de conseiller scolaire. Il y a donc démission réputée, même lorsque l'employé d'école est élu dans un conseil scolaire dont il n'est pas l'employé.

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

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

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

### III. Dispositions législatives pertinentes

9. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Dans le présent pourvoi, les appelants contestent principalement l'al. 1(2)a) de la Loi modificative, qui modifie la Loi pour interdire aux employés d'écoles d'occuper un poste dans tout conseil scolaire de l'Alberta. Cette modification a ajouté le texte suivant à l'art. 22 de la Loi :

[traduction]

#### **22 . . .**

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

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

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

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

11. L'alinéa 2b) de la *Charte* dispose :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

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

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

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

#### IV. Questions en litige

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

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

#### V. Décisions des juridictions inférieures

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

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

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

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

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

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

17. S'exprimant pour la Cour d'appel, le juge Costigan a examiné la question de savoir si le fait de briguer poser un poste de conseiller scolaire constitue une liberté fondamentale protégée par l'al. 2*b*) ou une tribune d'origine législative favorisant l'expression. Il a conclu que la décision de tenir des élections pour désigner les conseillers scolaires et la détermination des conditions de candidature étaient de pures questions de politique législative régies par la Loi modificative. L'argument de non inclusion invoqué par

les appelants reposait donc sur un régime légal et non sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. L'exclusion des enseignants prévue par la Loi modificative ne portait pas atteinte à une liberté fondamentale ni à l'exercice d'un droit constitutionnel, et il ne s'agissait pas d'un cas exceptionnel où le contexte commandait des mesures étatiques positives au regard de l'al. 2*b*). Par conséquent, le juge a conclu que les modifications apportées par la Loi modificative ne contrevenaient pas à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

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

## V. Analyse

A. *La liberté d'expression*

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

20. Bien que le critère établi dans *Irwin Toy* ait défini de façon large la portée de la liberté d'expression, la Cour a précisé dans des arrêts ultérieurs que la protection garantie par l'al. 2*b*) n'est pas illimitée et que les gouvernements ne devraient pas être tenus de justifier au regard de l'article premier chaque exclusion ou réglementation d'une forme d'expression (*Ville de Montréal c. 2952 1366 Québec*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62,

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

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

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

22. Cette affaire est survenue dans le contexte des référendums fédéral et québécois de 1992 concernant une proposition de modifications constitutionnelles. Monsieur Haig,

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

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

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

aucune obligation positive de verser des fonds à l'Association dans les circonstances. Au nom de la majorité, le juge Sopinka a écrit ceci :

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

Il a également dit ceci :

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

24. Dans *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3, la Cour a examiné la *Loi sur les options locales en matière de jeu (appareils de loterie vidéo)*, L.M. 1999, ch. 44, qui autorisait les municipalités à tenir des référendums décisionnels concernant l'interdiction des appareils de loterie vidéo « ALV ». Ce texte législatif précisait aussi qu'un référendum consultatif tenu auparavant dans la ville de Winkler, lors duquel les citoyens avaient approuvé l'interdiction des ALV, était réputé être décisionnel. Selon les appelants, propriétaires du Winkler Inn, qui comptaient sur les recettes procurées par les ALV, l'effet de la « présomption de scrutin » les avait privés du droit de voter à un référendum tenu conformément à la loi en cause et avait donc porté atteinte à leur liberté d'expression. Appliquant l'arrêt *Haig*, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 2b). Comme tout autre référendum, un référendum municipal est une mesure créée par

une loi et tout droit de voter à ce référendum doit être prévu par la loi en question.

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

La structure de l'art. 2 de la *Charte* est fort différente de celle de l'art. 15 et il importe de ne pas mélanger les deux. Alors que l'art. 2 définit des libertés fondamentales spécifiques dont bénéficient les Canadiens, l'art. 15 leur assure l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi, ainsi qu'un droit égal aux bénéfices de la loi et à sa protection. Si l'art. 15 peut parfois être invoqué lorsqu'une loi a une portée trop restreinte, c'est à dire lorsqu'elle n'accorde pas la même protection ou les mêmes avantages à une personne sur la base d'un motif énuméré ou analogue (voir à ce sujet *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679), c'est parce que le texte même de l'art. 15 le prévoit. [. . .] Or, si le texte et l'esprit du droit à l'égalité emportent parfois une obligation d'inclusion dans un régime législatif, il en va tout autrement des libertés individuelles prévues à l'art. 2, celui ci n'imposant généralement qu'une obligation de non ingérence à l'État et ne faisant appel à aucun critère comparatif. [par. 25]

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

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

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

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

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

27. Dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016,

2001 CSC 94, la Cour a conclu à l'existence d'une telle exception à la règle générale selon laquelle l'art. 2 ne requiert pas de mesure gouvernementale positive. Elle a jugé que des mesures législatives en droit du travail qui excluaient les travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contrevenaient à l'al. 2*d*). Le juge Bastarache, qui a rédigé l'opinion majoritaire, a décrit les considérations susceptibles de justifier une exception :

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

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

(3) L'État doit pouvoir vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale : « [L]a mesure gouvernementale de portée trop limitative devient suspecte non seulement dans la mesure où elle est discriminatoire à l'endroit d'une catégorie non protégée, mais aussi dans la

mesure où elle orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales » (par. 26).

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

29. Bien que l'arrêt *Dunmore* portât sur la liberté d'association et non sur la liberté d'expression, la Cour a estimé que les trois conditions requises pour contester des mesures législatives de portée restreinte s'appliquaient à l'art. 2 en général. Comme l'a indiqué le juge Bastarache, les arrêts *Haig*, *AFAC* et *Delisle* délimitent — mais n'excluent pas — la possibilité de contester la non inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte*. Ainsi, l'arrêt *Dunmore* établit clairement que si les arguments fondés sur la non inclusion sont

susceptibles de soulever des questions au regard des droits à l'égalité prévus par l'art. 15 de la *Charte*, des mesures non inclusives peuvent elles aussi, dans certains cas, porter atteinte à l'art. 2.

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

## VII. Application à la présente affaire

### Question 1

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

#### A. *L'activité expressive*

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

32. Il est possible d'affirmer que le caractère expressif du poste de conseiller scolaire

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

33. Les restrictions établies par la Loi modificative ne font qu'empêcher certaines personnes d'avoir accès, aux fins d'exercice d'activités expressives, à la tribune que constitue le poste de conseiller scolaire. Elles ne limitent pas les activités expressives de ceux qui ont accès à cette tribune, c'est à dire ceux qui ne sont pas inéligibles comme conseiller scolaire. Selon moi, les appelants se plaignent du fait « qu'ils n'ont pas accès à un poste de conseiller scolaire qui leur permettrait de s'exprimer » et non pas « qu'en tant que conseiller scolaire ils n'ont pas le droit d'exprimer tel ou tel point de vue ». Une activité expressive est en cause, mais les restrictions visent la tribune où peut être exercée la forme d'expression plutôt que le contenu de celle-ci. J'estime que le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice d'une telle fonction sont des activités possédant un caractère suffisamment expressif pour justifier la poursuite de l'examen de la question de savoir s'il y a violation de l'al. 2b).

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

34. Ayant conclu qu'une forme d'expression est en cause, nous devons maintenant

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

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

36. Dans la présente affaire, les appelants demandent au gouvernement de légiférer pour permettre une activité expressive. Ils revendiquent donc un droit positif. Ils cherchent

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

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

38. Les appelants demandent en fait à la Cour de constitutionnaliser le régime antérieur. Bien que les conseils scolaires de l'Alberta jouent un rôle important en matière de gestion scolaire en s'acquittant des fonctions obligatoires et facultatives qui leur sont

attribuées en Alberta par la *School Act*, les conseils sont des émanations du gouvernement provincial et leur existence n'est pas protégée par la Constitution. Comme l'a indiqué notre Cour dans *Ontario English Catholic Teachers' Association c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 1 R.C.S. 470, 2001 CSC 15, aux par. 57 58 :

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

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

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

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

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

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

41. Les appelants soutiennent que l'al. 2b) n'aurait qu'une portée très limitée s'il ne s'appliquait qu'aux domaines non régis par des textes législatifs. La distinction entre droits positifs et droits négatifs n'a cependant rien à voir avec le fait que le mode d'expression ou l'activité soit ou non réglementé par la loi. Il s'agit de savoir si on cherche à obtenir une mesure législative ou une action positive du gouvernement plutôt qu'à ne pas être assujetti à des restrictions gouvernementales à l'égard d'activités qui autrement pourraient être exercées librement sans besoin d'être habilités à le faire par l'État. Dans *Libman*, par exemple, on a contesté avec succès des dispositions législatives qui régissaient les dépenses faites dans le cadre d'une campagne référendaire et selon lesquelles seuls les agents officiels des comités du « oui » et du « non » pouvaient engager ou autoriser certaines dépenses. Les personnes ne faisant pas partie des comités officiels ne pouvaient pas, de ce fait, effectuer des dépenses

pour faire connaître leur point de vue sur le référendum. La Cour a conclu qu'on avait porté atteinte à la liberté d'expression fondamentale de ces personnes d'engager des dépenses pour promouvoir leur point de vue. L'activité — engager des dépenses pour promouvoir un point de vue sur le référendum — était réglementée par la loi, mais le droit revendiqué était un droit négatif : ne pas être assujéti aux restrictions légales relatives à l'engagement de telles dépenses. Ainsi, le fait qu'une question soit régie par un texte législatif n'est pas ce qui limite la protection de l'al. 2*b*). Ce qui est limité est le droit à une tribune relevant du texte législatif.

42. Les appelants prétendent que leur demande aurait dû être examinée au regard du critère établi dans *Irwin Toy*, mais que la Cour d'appel a à tort appliqué l'arrêt *Haig* à leur situation. L'approche adoptée par la Cour d'appel permettrait selon eux à l'Alberta d'adopter une loi interdisant aux conseillers scolaires de critiquer le sous financement des écoles par le gouvernement. Toutefois, ceux qui contesteraient une telle mesure législative chercheraient non pas à avoir accès à une tribune d'origine législative, mais plutôt à ne pas être assujéti à une contrainte touchant leur liberté d'expression — un droit négatif typique. La faculté qu'ils auraient eue jusque là de critiquer le sous financement gouvernemental découlerait non pas de leur poste de conseiller scolaire, mais de leur liberté d'expression sous jacente. Comme leur plainte ne reprocherait pas à la loi d'avoir un champ d'application trop restreint, elle ne serait donc pas examinée au regard de la jurisprudence découlant de l'arrêt *Haig*. La présente affaire est différente. La Cour d'appel a eu raison de se reporter au courant jurisprudentiel fondé sur l'arrêt *Haig*, car ce qui était recherché c'était l'accès à une tribune

d'origine législative.

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

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

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

45. Même si les appelants étaient en mesure de satisfaire au premier critère de l'arrêt *Dunmore*, ils ne parviendraient pas à satisfaire au deuxième, qui oblige le demandeur à démontrer que le fait d'être exclu d'un régime légal constitue une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'art. 2. La question est de savoir si les modifications apportées par la Loi modificative contreviennent substantiellement à la liberté des appelants de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation.

46.

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

48. Selon les appelants, il n'existe pas de « solutions de rechange » aux formes d'expression dont ils bénéficieraient en se portant candidats aux élections des conseillers scolaires et en exerçant cette fonction. L'Alberta soutient pour sa part que tous les employés d'écoles demeurent libres de s'exprimer d'une foule d'autres façons sur les activités des conseils scolaires. Ils peuvent, dit-elle, participer aux réunions des conseils scolaires et y

faire des présentations, faire du lobbying auprès des conseillers, siéger aux comités d'écoles, envoyer des lettres aux journaux, donner des entrevues aux médias, écrire aux députés provinciaux et aux fonctionnaires.

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

50. Bien que la juge en chambre ait souligné le [traduction] « caractère tout à fait particulier », en tant que forme d'expression, du fait de briguer un poste de conseiller scolaire et de l'exercice de cette fonction, et ait exprimé l'avis que la Loi modificative « porte considérablement atteinte » à la liberté d'expression, elle l'a fait dans le contexte de son analyse fondée sur l'article premier (par. 155 et 157). Ayant à tort conclu que l'exercice de la fonction de conseiller scolaire et le fait de briguer un tel poste étaient des formes d'expression protégées, ses conclusions concernant le « caractère tout à fait particulier »

de la fonction de conseiller scolaire portaient sur la question de savoir s'il avait été porté atteinte de façon minimale à cette forme précise d'expression. Son analyse au regard du deuxième critère établi dans l'arrêt *Dunmore* soulève toutefois une question différente — celle de savoir si la *liberté d'expression sur la question touchant l'éducation*, à titre de liberté fondamentale définie d'une façon plus générale et garantie par l'al. 2*b*), est entravée d'une façon substantielle par le fait d'être exclu de la fonction de conseiller scolaire. Comme il a été précisé plus tôt, la capacité des appelants de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction *subit* une atteinte importante du fait des dispositions législatives en cause. Mais l'exercice de la fonction de conseiller scolaire n'est pas en soi une liberté protégée.

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

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

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

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

cet égard.

55. Les appelants ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait de prouver que leur exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à leur liberté de s'exprimer sur les questions touchant les conseils scolaires ou l'éducation en général. Ils revendiquent plutôt un mode d'expression particulier. Ils n'ont pas non plus prouvé que les modifications apportées par la Loi modificative avait pour objet de porter atteinte à leur liberté d'expression. Par conséquent, leur demande ne satisfait pas au deuxième critère énoncé dans l'arrêt *Dunmore*. Comme les appelants n'ont pas établi l'existence d'une entrave substantielle à leur capacité d'exercer leur liberté d'expression, il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième critère établi dans *Dunmore*.

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

leur liberté d'expression que l'exclusion de ces personnes pourrait violer l'al. 2*b*). Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

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

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

58. Je suis d'accord avec le juge LeBel pour dire que la demande des appelants peut être qualifiée de revendication d'un droit démocratique. Cependant, il ne s'ensuit pas que l'al. 2*b*) ne s'applique pas. Dans l'arrêt *Haig*, il a été jugé que le droit de voter à un référendum n'était pas protégé par l'art. 3. Malgré le rejet de la prétention fondée sur l'art. 3,

le droit de voter a été considéré constituer une forme d'expression (p. 1040) et la demande a été examinée au regard de l'al. 2*b*). Cette démarche a été suivie dans l'arrêt *Siemens*, une décision unanime de notre Cour (par. 41). Conformément à l'analyse du juge LeBel, la Cour aurait dans chacun de ces cas conclu que, fondamentalement, la demande sollicitait un droit démocratique qui n'était pas protégé par la *Charte*. En conséquence, les aspects expressifs du droit de vote n'auraient pas été pertinents et il n'y aurait pas eu d'examen fondé sur l'al. 2*b*).

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

Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres [ . . . ] Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la

p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

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

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

comme se chevauchant.

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

61.

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

E. *Conclusion quant à l'al. 2b)*

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

Question 2

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

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

Question 3

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

65. Les appelants soutiennent que les modifications apportées par la Loi modificative violent le par. 15(1) de la *Charte* en portant atteinte à leur droit à la même protection et

au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur le motif analogue que constitue, selon eux, le statut professionnel. Il est inutile de décrire les étapes de l'analyse fondée sur le par. 15(1), que le juge Iacobucci a exposées en détail dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, aux par. 21 87, puis résumées au par. 88, et qui ont été réitérées dans de nombreux arrêts depuis. Appliquant cette analyse, je conclus que la Loi modificative traite différemment les employés d'écoles et le groupe de comparaison retenu par les appelants, les employés municipaux, mais que ce traitement différent n'est pas fondé sur un motif énuméré ou analogue.

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

En conséquence, quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 — la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une

caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. [. . .] D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus.

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

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

68. Dans l'arrêt *Delisle*, le juge Bastarache, qui s'exprimait alors pour la majorité, a

écrit ceci au par. 44 :

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

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

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

#### Question 4

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

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

#### VIII. Conclusion

71. Le pourvoi devrait être rejeté avec dépens.

72.

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

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

74. Il n'est pas nécessaire que je résume les faits de l'affaire, les dispositions de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 (la « Loi modificative ») et le régime législatif en cause dans le présent pourvoi. Mes collègues en ont traité de façon approfondie dans leurs motifs détaillés.

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

n'est invoqué en vertu de l'art. 3 de la *Charte*.

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

77. Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, la majorité de notre Cour a rejeté une approche prônant le resserrement de la portée de l'al. 2b) afin de permettre l'exercice d'un autre droit prévu par la *Charte* (voir également *B.C.G.E.U. c. Colombie Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, le juge en chef Dickson). L'arrêt *Keegstra* portait sur le discours haineux, lequel peut être considéré comme une « expression pure », malgré sa nature et sa valeur médiocre. Toute tentative en vue de restreindre la portée de l'al. 2b) dans ce cas aurait porté atteinte de façon inacceptable au contenu de l'expression. Aussi valait il mieux mettre en balance l'al. 2b) avec la garantie d'égalité (art. 15) et la reconnaissance du multiculturalisme (art. 27) à l'étape de l'analyse relative à l'article premier.

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

79. La quasi totalité des activités humaines créent des possibilités d'expression, si l'on donne une acception suffisamment large au mot « expression ». D'autres droits et libertés garantis par la *Charte* ont trait à des activités qui pourraient être qualifiées d'expressives. Il vient un moment où il faut se demander si la garantie devrait vraiment

être conçue en termes si généraux qu'elle pourrait englober toute activité humaine ayant un contenu de communication. Le recours à la notion de « tribunes » et le fait de se fonder sur la distinction parfois délicate entre droits positifs et droits négatifs témoignent du malaise suscité par une telle définition et une telle application de l'al. 2b) de la *Charte*.

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

81. Pour ces motifs, je rejeterais l'appel, sans dépens.

82.

Version française des motifs rendus par

Le juge Fish —

**I**

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

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

85. En 2004, l'Alberta a édicté un texte de loi qui a pour effet d'interdire aux employés d'écoles de briguer un poste de conseiller scolaire et d'exercer cette fonction dans tout conseil scolaire de la province. Les appelants sont des employés d'écoles, et l'Alberta reconnaît que [traduction] « certaines des activités des conseillers scolaires [revêtent] un caractère expressif ». Personne ne conteste que le fait de briguer un poste de conseiller scolaire et l'exercice de cette fonction impliquent forcément des activités expressives.

86. D'ailleurs, l'Alberta admet d'entrée de jeu que [traduction] « le fait de se porter candidat à un poste de conseiller scolaire a un contenu expressif » et elle invoque

essentiellement l'argument voulant que [traduction] « la liberté d'expression garantie par la *Charte* n'oblige pas le gouvernement à créer par voie législative des tribunes favorisant l'expression ». En l'espèce, cependant, le gouvernement a *retiré* aux appelants l'accès à une tribune d'expression *déjà existante*, à laquelle ceux ci, à l'instar de tout autre citoyen qualifié, avaient accès depuis longtemps.

87.

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

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

90. La limitation de la liberté d'expression peut dans certains cas, tel celui qui nous occupe, restreindre également des droits politiques et démocratiques. Le fait que ces droits politiques et démocratiques soient protégés ou non par la Constitution n'a aucune incidence sur la protection reconnue par l'al. 2b). Même s'il était jugé que d'autres dispositions de la *Charte* sont susceptibles de s'appliquer à l'action des appelants, et le feraient peut être plus

directement encore, cela n'a pas pour effet de priver les appelants d'une analyse approfondie de leur prétention fondée sur l'al. 2*b*). Lorsqu'il y a chevauchement de divers droits constitutionnels, « [c]hacun de ces droits est distinct et il faut lui donner effet » : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 80. Et, dans les cas où il n'y a pas de chevauchement étant donné qu'un seul des droits est protégé par la *Charte*, il faut là aussi donner à ce droit son plein effet constitutionnel.

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

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

## II

93. Jusqu'en 2004, les employés des conseils scolaires de l'Alberta n'étaient pas autorisés à siéger au conseil qui les employait, mais autrement ils étaient libres de briguer et

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

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

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

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

La Cour favorise une interprétation très large de la liberté d'expression afin

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

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

98. Monsieur Haig s'est « trouvé entre deux chaises » dans le cadre d'un référendum provincial tenu au Québec et d'un référendum fédéral tenu dans les neuf autres provinces. Ayant récemment quitté l'Ontario pour s'installer au Québec, il ne répondait pas aux conditions de résidence établies pour ces référendums et n'était donc pas admis à voter ni à l'un ni à l'autre. La Cour a conclu que voter constitue une activité d'expression, mais elle n'en a pas moins rejeté le pourvoi de M. Haig au motif que l'al. 2b) de la *Charte* n'impose pas au gouvernement « une obligation positive de consulter les citoyens par le recours

à cette méthode particulière qu'est un référendum [ni] ne confère [. . .] à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum » (p. 1041). Bien qu'il constituât une activité d'expression, le fait de voter à un référendum échappait donc au champ d'application de l'al. 2b).

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

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

101. Dans l'arrêt *AFAC*, la Cour a jugé que l'al. 2*b*) n'obligeait pas l'État à soutenir financièrement l'Association des femmes autochtones du Canada ou à l'inviter à participer aux discussions constitutionnelles. Souscrivant au résultat, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a conclu que « la *Charte canadienne des droits et libertés* ne restreint pas la liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale » (p. 668), et qu'il était donc inutile de se demander si l'omission de financer l'association concernée violait l'al. 2*b*).

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

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

### III

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

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

(J. B. Cameron, « The “ Second Labour Trilogy ”: A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi Cola* (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 67, à la p. 69.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

émergent au dessus de la clameur de ceux qui, eux, posent effectivement leur candidature et exercent la fonction s'ils sont élus.

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

La faculté de s'exprimer dans son foyer ou au coin d'une rue ne satisfait pas l'objectif visé par la garantie relative à la liberté d'expression, qui exige que chaque citoyen ait la possibilité de présenter publiquement son point de vue et de tenter de persuader ses concitoyens. En ce sens, l'observation formulée par le juge Pell est on ne peut plus appropriée : [traduction] « [u]n discours sans communication efficace n'est pas un discours, c'est comme prêcher dans le désert »; voir *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), p. 415.

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

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

116. Il ne l'a pas fait en l'espèce.

#### IV

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

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

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

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

121. Premièrement, on interdisait déjà aux employés d'un conseil scolaire donné d'exercer la fonction de conseillers au sein de ce conseil avant l'adoption de la Loi

modificative. Pourtant, parmi les 420 conseillers scolaires de la province, trois seulement étaient aussi des employés d'un conseil scolaire, et seul un autre avait fait des démarches pour se porter candidat. Moins de 1 pour cent des conseillers scolaires de l'Alberta pouvaient donc être exposés, selon le point de vue de l'Alberta, à des conflits d'intérêts potentiels.

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

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

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

125. Mais même si l'objectif déclaré de l'Alberta était jugé urgent et réel, il est clair que la Loi modificative ne satisferait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse formulée dans *Oakes*. Les législatures ne sont pas tenues de recourir aux moyens les « moins

attentatoires » pour réaliser des objectifs urgents et réels. Par contre, elles ne peuvent entraver ou restreindre l'exercice des droits ou libertés protégés par la Constitution au delà de ce qui est nécessaire. Qui plus est, comme je l'ai mentionné plus tôt, l'Alberta n'a présenté aucun élément de preuve établissant que le précédent régime législatif, qui était en place depuis plus de 40 ans, ne permettait pas de répondre aux préoccupations qu'elle a exprimées.

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

## V

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

128. Comme je l'ai dit au tout début, pour tous ces motifs, j'accueillerais le pourvoi

- -

avec dépens, et je déclarerais inopérant l'art. 1 de la Loi modificative.

129.

- -

**ANNEXE**

**Dispositions législatives pertinentes**

Avant les modifications qui font l'objet du présent pourvoi, les dispositions pertinentes de la *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L 21, en matière d'éligibilité étaient rédigées ainsi :

[traduction]

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

. . . .

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

. . . .

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

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

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

Voici les dispositions de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*,

S.A. 2002, ch. 23, qui sont pertinentes pour le présent pourvoi :

[traduction]

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

**(2) L'article 22 est modifié**

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

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

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

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

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

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

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

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

Voici le texte des dispositions pertinentes modifiées après l'adoption de la *School*

*Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23 :

[traduction]

22 . . .

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

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

. . .

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

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

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

...

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

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

*Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.*

*Procureurs des appelants : Field, Edmonton.*

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

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

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

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

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

- -

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

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

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