

**COUR CANADIENNE DE JUSTICE**  
(EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE)

Entre :

**CITOYENS POUR LA DÉMOCRATIE**

Appelant

- et -

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**

Intimé

---

**MÉMOIRE DE L'INTIMÉ**

---

**ÉCOLE n° 14**

## TABLE DES MATIÈRES

<b>PART I – OVERVIEW .....</b>	<b>3</b>
<b>PART II – STATEMENT OF FACTS.....</b>	<b>4</b>
<b>1. The Facts.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Decision Under Review.....</b>	<b>5</b>
<b>3. Judicial History .....</b>	<b>6</b>
<b>PART III – STATEMENT OF RESPONDENT’S POSITION.....</b>	<b>6</b>
<b>PART IV– ARGUMENTS.....</b>	<b>8</b>
<b>1. Preliminary Matter – Scope of the Appeal.....</b>	<b>8</b>
1.1 The CEO’s certification is not the subject of the judicial review application .....	8
1.2 This Court does not have jurisdiction to consider the CEO’s certification .....	8
<b>2. The Governor-in-Council’s decision is not justiciable .....</b>	<b>9</b>
2.1 The standard of review is correctness.....	9
2.2 The subject matter of the decision is not justiciable because it is a political question.....	10
2.3 The Governor in Council’s decision is grounded in residual prerogative power	12
2.4 The Governor in Council’s decision is not justiciable because the Appellant failed to raise a <i>Charter</i> claim .....	15
<b>3. La décision protège les droits démocratiques garantis par l’art. 3 .....</b>	<b>16</b>
3.1 Si cette Cour autorise l’appelant à soulever un enjeu de <i>Charte</i> , le contrôle judiciaire de l’exercice de la prérogative s’y limite .....	16
3.2 La décision ne restreint pas les droits garantis par l’article 3 de la <i>Charte</i> .....	17
3.3 Subsidiairement, la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits démocratiques des électeurs canadiens avec les objectifs poursuivis .....	20
3.4 La réparation appropriée à la non-conformité avec le cadre analytique <i>Doré</i> serait un jugement déclaratoire d’inconstitutionnalité.....	21
<b>4. Même si la décision a été rendue en vertu de la <i>Loi électorale</i>, elle est raisonnable     21</b>	
4.1 L’art. 3 de la <i>Charte</i> s’accorde avec l’objectif de la <i>Loi électorale</i> .....	22
4.2 Le raisonnement de la décision est intrinsèquement cohérent.....	24
4.3 La gouverneure en conseil a raisonnablement interprété le para. 59(1) .....	25
4.4 L’occupation de ON ÉTEINT constitue une « calamité » qui rend « pratiquement impossible » la tenue des élections générales.....	28
4.5 Le Directeur général des élections peut en tout état de cause certifier les 213 circonscriptions restantes.....	30
<b>PARTIE V – LES CONCLUSIONS RECHERCHÉES.....</b>	<b>31</b>
<b>APPENDIX A – LIST OF AUTHORITIES REFERRED TO .....</b>	<b>33</b>

## **PART I – OVERVIEW**

[1] This is a case about the executive’s ability to protect the integrity of the electoral process in times of national uncertainty. The Governor in Council (the “GC”) took action to ensure that Canadians can have confidence in the election’s outcome. In unprecedented times, the GC must be empowered to take unprecedented actions to safeguard democracy.

[2] This Court should uphold the Federal Court of Appeal (the “FCA”)’s decision that the GC’s decision is not justiciable. If this Court quashes the GC’s decision, Canadians will be forced to the polls on March 13 despite LIGHTS OUT’s evolving threat, which would not respect the separation of powers and could affect the election’s outcome.

[3] The GC’s decision to withdraw all 338 writs of election should not be disturbed by this Court. The LIGHTS OUT occupation is an ongoing threat to the integrity of the electoral process. The political decision to reschedule the election in response to the LIGHTS OUT threat is not an appropriate matter for this Court to determine.

[4] Even if the GC’s decision to withdraw all writs were justiciable, the GC’s decision was reasonable and should be upheld. The decision does not infringe on *Charter* rights. Forcing Canadians to the polls would undermine the right to meaningful democratic participation guaranteed by the *Charter*, and the electoral system’s integrity. In that context, the GC must be accorded the latitude to implement novel solutions. The GC had the authority to withdraw all 338 writs, and this decision must be upheld by this Court.

### **1. The scope of the appeal is limited to the Governor in Council’s decision**

[5] The GC’s decision is the only one before this Court. The Chief Electoral Officer (the “CEO”/ « Directeur »)’s certification is not amenable to judicial review. In any case, the Appellant did not include the CEO’s certification in its judicial review application. Arguments to that effect cannot be raised for the first time on appeal.

### **2. The Governor in Council’s decision is not justiciable**

[6] The GC’s decision is not justiciable because the timing of an election in the face of widespread, violent political protests is a political question that is inappropriate for this Court to determine. The FCA correctly found that the matter was about the timing of an election, which falls to the executive to control. This conclusion should be upheld.

[7] The GC acted pursuant to prerogative power. The Appellant cannot raise a claim under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the “*Charter*”/ « *Charte* ») on appeal to render an otherwise non-justiciable matter justiciable. Such use of the *Charter* would undermine the separation of powers and should not be allowed before this Court.

### **3. The decision was protective of democratic rights guaranteed by the *Charter***

[8] The exercise of prerogative power is only reviewable under the *Charter*. Even if the Appellant could raise a *Charter* claim at this stage, the decision to withdraw writs does

not infringe the democratic rights protected by Section 3 of the *Charter* and is therefore reasonable.

[9] In the alternative, the record demonstrates that the GC’s decision appropriately balanced the *Charter* issues at play with the purpose of the enabling prerogative power: safeguarding the integrity of the electoral process. Withdrawing all 338 writs was the option that *ensured* robust protection of the democratic rights of *all* Canadians in an unprecedented situation.

#### **4. Even if the decision were rendered through statutory power, it was reasonable**

[10] If the GC’s decision to withdraw writs were construed as an exercise of statutory powers under the *Canada Elections Act* (the “*Act*”/la «*Loi* »), the GC’s statutory interpretation would be reasonable. The decision was internally coherent, abided by its legal and factual constraints, and should be maintained.

[11] The *Act* creates a dialogic process between the GC and the CEO. Subsection 59(1)’s wording does not require the CEO’s certification to occur before the GC’s decision to withdraw writs. The GC reasonably concluded that LIGHTS OUT was an “other disaster” under the *Act*, which made it “impracticable” to hold elections in all electoral districts. The decision is protective of Section 3 rights, which are fully integrated in the *Act*’s interrelated objectives of enfranchising all voters and upholding the integrity of the electoral process. It remains open to the CEO to certify the remaining electoral districts.

#### **5. Remedies Sought**

[12] The appeal should be dismissed and the FCA decision that the matter was not justiciable should be upheld. Alternatively, if this Court finds the matter justiciable, the GC’s order to withdraw all 338 writs of election should be maintained. The rights of the parties to re-address this Court should be reserved if certification does not occur in short order. Finally, if this Court were to identify a *Charter* breach, the appropriate remedy is declaratory relief.

### **PART II – STATEMENT OF FACTS**

#### **1. The Facts**

[13] On January 30, 2023, her Excellency the Governor General dissolved Parliament after a meeting with the Prime Minister and called for a general election. The polling date was set for March 13, 2023, pursuant to the *Act*.<sup>1</sup>

[14] Before the election was called, protestors affiliated with a group called LIGHTS OUT began staging small-scale, peaceful protests to raise awareness about light pollution. The character of the LIGHTS OUT protests changed markedly as of February 15, 2023.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Canada Elections Act*, SC 2000, c 9 [*Canada Elections Act*].

<sup>2</sup> *Citizens for Democracy v Canada (AG)*, 2023 FC 129 at para 15 [*Citizens FC*].

Ongoing protests in several large cities became occupations, as protestors set up camps in downtown business centres using recreational vehicles and tents. They set up secondary sites outside of urban centres as staging areas, which further entrenched the occupation.<sup>3</sup>

[15] As the occupation intensified, Returning Officers raised alarms about the rapidly approaching election. They conveyed the need to find alternative polling locations to Elections Canada. Landlords advised some Returning Officers that the previously leased locations would be unavailable because of the occupation. Some Returning Officers were forced to close their Returning Offices altogether. They further reported that printing companies they engaged to print ballots had closed their facilities.<sup>4</sup>

[16] Occupiers have damaged street lights, broken into office buildings, and harassed business owners for using artificial lighting. The occupation has forced businesses to close and paralyzed large sectors of the affected cities. Law enforcement has been unable or unwilling to quell the LIGHTS OUT occupation, even though a number of occupiers have descended into civil disobedience and vandalism.<sup>5</sup>

[17] The possibility of further disruption or violence is unknown, with at least one Returning Officer reporting that occupiers set a truck carrying a shipment of ballots on fire as it was en route to a Returning Office.<sup>6</sup> To this point, while LIGHTS OUT issued a statement in support of the election, they only signalled their intention not to interfere with election activities that are conducted in daylight hours. The statement did not detail what occupiers intend to do after dark on Election Day.<sup>7</sup>

[18] In response to the growing alarm about the impact of the occupation on the election, the CEO invoked Subsection 59(1) of the *Act*. He certified that it was impracticable to hold the election in 125 electoral districts. His certification applied to the urban electoral districts most affected by the developing occupation.<sup>8</sup>

## 2. Decision Under Review

[19] On receiving the CEO's certification in a letter to Cabinet, the GC consulted with a Panel established pursuant to Critical Election Incident Public Protocol. Following consultations, the GC issued an Order in Council the day after the CEO's certification ordering that writs be withdrawn in all 338 electoral districts.<sup>9</sup>

[20] A public statement written by the Clerk of the Privy Council explained the GC's decision to withdraw all 338 writs. The GC expressed concern about LIGHTS OUT's widespread impact, which affected one third of all electoral districts. The GC highlighted

---

<sup>3</sup> *Ibid* at para 6.

<sup>4</sup> *Ibid* at para 8.

<sup>5</sup> *Ibid* at para 7.

<sup>6</sup> *Ibid* at para 8.

<sup>7</sup> *Ibid* at para 9.

<sup>8</sup> *Ibid* at paras 10, 12–13.

<sup>9</sup> *Ibid* at para 14.

the disparate political impact of the occupation because of the difference in historic voting trends between rural and urban electoral districts. The GC also raised concerns about the electoral process' integrity if electors from more than one third of districts were unable to vote on March 13. The GC's reasons raise the uncertainty that could result from an incomplete election and the unprecedented situation's potential to lead to a constitutional crisis.<sup>10</sup>

### 3. Judicial History

[21] The Appellant filed an application for judicial review before the Federal Court (the "FC"/« CF »). The issues to be decided were whether the GC could withdraw writs in an electoral district that the CEO had not yet certified as impracticable; and whether the GC was entitled to consider the LIGHTS OUT occupation an "other disaster" within the meaning of section 59 of the *Act*.

[22] The FC identified the GC's decision as the decision under review.<sup>11</sup> The FC decided that the GC could not order the withdrawal of a writ in an electoral district in which the CEO had not certified that the election was impracticable. The FC further concluded that the LIGHTS OUT occupation constituted an "other disaster" pursuant to the *Act*.<sup>12</sup> Justice Biggar ordered that the GC's withdrawal be quashed in the 213 electoral districts that the CEO had not certified as impracticable.

[23] The FCA held that Justice Biggar committed an error in law by failing to consider whether the case presented a justiciable question. The FCA held that the matter was not justiciable. Justice Castonguay for the majority held that while the parties had made a valiant attempt to frame their submissions "in the language of judicial review", the case was about the timing of an election.<sup>13</sup> He held that the matter was not one in which the Court should interfere. To interfere with the executive's prerogative power to call or withdraw an election would strike at the heart of Canada's democracy and jeopardize the constitutional separation of powers.<sup>14</sup>

[24] The FCA overturned the lower court's decision and reinstated the GC's order that all 338 writs of election be withdrawn.

### PART III – STATEMENT OF RESPONDENT'S POSITION

[25] The FCA's decision should be upheld for the following reasons:

1. The GC's decision to withdraw the writs of election is not justiciable because it is a political question that is inappropriate for the judiciary to determine.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid* at para 19.

<sup>12</sup> *Ibid* at paras 18, 20.

<sup>13</sup> *Canada (AG) v Citizens for Democracy*, 2023 FCA 7 at paras 4–5 [*Citizens FCA*].

<sup>14</sup> *Ibid* at para 5.

2. The GC's decision to withdraw the writs of election is not justiciable because the GC acted pursuant to prerogative power.
3. The Appellant cannot raise a *Charter* argument on appeal to render an otherwise non-justiciable matter justiciable.
4. Even if the GC's decision were justiciable, it was nevertheless reasonable, whether it was made pursuant to prerogative or statutory power.

## **PART IV– ARGUMENTS**

### **1. Preliminary Matter – Scope of the Appeal**

#### 1.1 The CEO’s certification is not the subject of the judicial review application

[23] This Court must limit the scope of this appeal to the GC’s decision because it was the only decision subject to judicial review before the FC. Two indicia confirm this.

[24] The Appellant did not name the CEO as a party to the application. The *Act* and the *Federal Court Rules* require that the CEO be a named respondent in an application for judicial review of the CEO’s decision.<sup>15</sup>

[25] The lower courts did not make any determination on the CEO’s certification.<sup>16</sup> Justice Biggar confirmed that the only decision that she was asked to review was the GC’s decision to withdraw the writs of election in all 338 electoral districts.<sup>17</sup>

#### 1.2 This Court does not have jurisdiction to consider the CEO’s certification

[26] The CEO’s certification of 125 districts is not a “decision” pursuant Subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*, which limits applications for judicial review to a “decision” or “order” of a “federal board, commission or other tribunal.”<sup>18</sup> A “decision” is an action that affects an applicant’s rights or carries legal consequences.<sup>19</sup>

[27] The reasoning applied in the leading case on this point, *Gitxaala Nation*, applies here. In that case, the FCA found that National Energy Board (NEB) reports were not

---

<sup>15</sup> *Canada Elections Act*, *supra* note 1, s 555(1); *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r 303(1)(b).

<sup>16</sup> *Federal Courts Rules*, *supra* note 15, r 302.

<sup>17</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 at para 19.

<sup>18</sup> *Federal Courts Act*, RSC 1985, c F-7, s 18.1(2).

<sup>19</sup> *Democracy Watch v Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15 at para 10; *Air Canada v Toronto Port Authority et al*, 2011 FCA 347 at paras 28–30.

subject to judicial review because they were recommendations to the GC.<sup>20</sup> The reports did not have legal consequences independent of the GC's action. The NEB gathered and analyzed information, but “no one but the Governor in Council decide[d] anything.”<sup>21</sup>

[28] The CEO's certification is analogous to the reports at issue in *Gitxaala Nation*. The CEO's certification does not have legal effect independent of the GC's decision. It does not “affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects.”<sup>22</sup> Nor does it bind the GC. The GC alone retains discretion to order writs to be withdrawn, to postpone the election, or to refrain from action altogether.<sup>23</sup> As such, the CEO's certification of 125 districts is not a reviewable decision.

## **2. The Governor-in-Council's decision is not justiciable**

[29] The FCA correctly found that the GC's decision was not justiciable. The decision presents a political question that is inappropriate for judicial review. In any event, it was grounded in residual prerogative power. The exercise of prerogative power is only reviewable under the *Charter*. The Appellant did not raise a *Charter* claim.

### **2.1 The standard of review is correctness**

[30] The standard of review on appeal of the FCA's conclusion concerning justiciability is correctness.<sup>24</sup> Justiciability is a question of the subject matter jurisdiction of the courts.<sup>25</sup> Whether a court possesses subject matter jurisdiction is a pure question of law.<sup>26</sup> When

---

<sup>20</sup> *Gitxaala Nation v Canada*, 2016 FCA 187, leave to appeal to SCC refused, 37201 (9 February 2017) at paras 121–24 [*Gitxaala Nation*].

<sup>21</sup> *Ibid* at para 121.

<sup>22</sup> *Canada (AG) v Democracy Watch*, 2020 FCA 69 at para 19 [*Democracy Watch 2020*].

<sup>23</sup> *Canada Elections Act*, *supra* note 1, ss 59(1), 59(4).

<sup>24</sup> *Housen v Nikolaisen*, 2002 SCC 33 at para 8 [*Housen*].

<sup>25</sup> Lorne M Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (Toronto: Thomson Reuters, 2012) at 6–7.

<sup>26</sup> *Saskatchewan (AG) v Pasqua First Nation*, 2016 FCA 133 at para 46.

faced with a pure question of law, the appellate court is “free to replace the opinion of the trial judge with its own.”<sup>27</sup> The FCA’s determination on justiciability was correct and should be upheld by this Court.

2.2 The subject matter of the decision is not justiciable because it is a political question

[31] This case raises a question that is “so political that courts are incapable or unsuited to deal with [it], or should not deal with [it] in light of the time-honoured demarcation of powers between the courts and the other branches of government.”<sup>28</sup> The operative question is not if this Court can, but whether it *should* answer the question before it. It is not a matter of ability, but of appropriateness given the separation of powers.<sup>29</sup>

[32] The case at bar falls into the narrow exception to justiciability contemplated in the jurisprudence. Like the wisdom of a defence policy, this case raises a policy consideration ill-suited to the adversarial process.<sup>30</sup>

[33] Justice Castonguay was correct that this case principally concerns the timing of an election.<sup>31</sup> The timing of an election is inherently political because it could inadvertently have an impact on the outcome of the election.

[34] If the judiciary intervenes in the GC’s decision, they may interfere in the outcome of the election because the LIGHTS OUT occupation has had an uneven impact across the country. Voters in rural electoral districts have been virtually unaffected by the occupation. As the GC noted, rural voters tend to support different political parties than voters in urban

---

<sup>27</sup> *Housen*, *supra* note 24 at para 8.

<sup>28</sup> *Hupacasath First Nation v Canada*, 2015 FCA 4 at para 62 [*Hupacasath*].

<sup>29</sup> *Operation Dismantle v R*, [1985] 1 SCR 441 at 467, 18 DLR (4th) 481, Wilson J [*Operation Dismantle*].

<sup>30</sup> *Sossin*, *supra* note 25 at 162.

<sup>31</sup> *Citizens FCA*, *supra* note 13 at para 5.

areas.<sup>32</sup> If this Court quashes the GC’s decision, it may impact the outcome of the election because of the disproportionate effect of the occupation on urban voters. If the election proceeds as scheduled, urban voters may have to choose between exercising their right to vote and ensuring their personal safety. Or they may not have ballots or a polling location. This may impact voter turnout and the outcome of the election.

[35] As the judiciary could inadvertently affect the election’s outcome, this case crosses “the boundary from the legal to the political.”<sup>33</sup> This intervention would take this Court outside the “proper role of the courts within the constitutional separation of powers.”<sup>34</sup> When to hold an election is a political question that must be answered by the GC, a political body that responds to political questions. Judicial intervention in the timing of an election would threaten the separation of powers. It would risk politicizing the relationship between the executive and the judiciary and could jeopardize the courts’ legitimacy.

[36] *Aryeh-Bain* must be distinguished from the case at bar.<sup>35</sup> Unlike the Appellant in this case, the applicants in *Aryeh-Bain* brought their application on *Charter* grounds, claiming the CEO had not appropriately considered their religious rights.<sup>36</sup> The CEO’s administrative choice in *Aryeh-Bain* is not comparable to the GC’s political decision here. The Appellant is challenging the GC’s ability to reschedule an election in response to widespread political protests that jeopardize the integrity of the election process. The decider’s identity is different, as is the type of question. As such, *Aryeh-Bain* is not a useful precedent.

---

<sup>32</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 at paras 12, 14.

<sup>33</sup> See *Democracy Watch 2020*, *supra* note 22 at para 19.

<sup>34</sup> *Hupacasath*, *supra* note 28 at para 66.

<sup>35</sup> *Aryeh-Bain v Canada (AG)*, 2019 FC 964 [*Aryeh-Bain*].

<sup>36</sup> *Ibid* at para 1.

[37] Courts in judicial review ensure the rule of law by holding the executive accountable to legal authority.<sup>37</sup> However, holding the executive to account does not always require the participation of the judiciary. In *Friends of the Earth v Canada (Governor in Council)*, the FC found the content of the *Kyoto Protocol Implementation Act* to be non-justiciable because of a “comprehensive system of public and parliamentary accountability as a substitute for judicial review.”<sup>38</sup> The FCA upheld the decision to dismiss the application for judicial review.<sup>39</sup> The same reasoning should apply in this case.

[38] An election is the ultimate mechanism for democratic accountability. This Court’s determination on the wisdom of the GC’s choice to delay the election is not necessary. A vote will happen, and soon. Canadians will decide for themselves if the executive appropriately delayed the election in response to the LIGHTS OUT occupation at the ballot box. Canadians will be heard and may reject the incumbent government. This democratic accountability renders the intervention of the judiciary unnecessary in this case.

### 2.3 The Governor in Council’s decision is grounded in residual prerogative power

[39] The GC exercised prerogative power to ensure the integrity of the electoral process. Without this prerogative power, the executive would be unable to respond to threats that undermine the integrity of Canada’s electoral system.

[40] Royal prerogative is a residual power, made up of rights, privileges, immunities, and duties that are vested by the law in the Sovereign and exercised by the GC or the Prime Minister.<sup>40</sup> Prerogative is a branch of the common law; its existence and scope are

---

<sup>37</sup> *Tsleil-Waututh Nation v Canada (AG)*, 2017 FCA 128 at para 78.

<sup>38</sup> *Friends of the Earth v Canada (Governor in Council)*, 2008 FC 1183 at para 44, aff’d 2009 FCA 297, leave to appeal to the SCC dismissed, 33469 (25 March 2010).

<sup>39</sup> *Friends of the Earth v Canada*, 2009 FCA 297.

<sup>40</sup> See *Vancouver Island Peace Society v Canada (TD)*, [1994] 1 FC 102 at para 62, [1993] FCJ No 601 [*Vancouver Island Peace Society*].

determined by the courts.<sup>41</sup> It can be limited or withdrawn through clear legislative intent under the doctrine of parliamentary supremacy.<sup>42</sup> Prerogative powers continue in Canada, *inter alia* to confer honours, issue passports, enter treaties, and declare war.<sup>43</sup>

[41] Residual prerogative powers relating to elections also remain. The Governor General exercises prerogative powers to dissolve Parliament and to call an election.<sup>44</sup>

[42] Statutes may limit prerogative power without completely withdrawing it from the executive. In *Vancouver Island Peace Society*, the FC found that the Crown was bound by the *Canadian Environmental Protection Act*, but that the statute did not withdraw prerogative powers relating to the specific executive action subject to judicial review.<sup>45</sup>

[43] The GC's decision to withdraw writs is an extension of the prerogative powers to dissolve Parliament and call an election. As the FCA explained, "[j]ust as the decision to call or not call an election is at the prerogative of the Governor General, the decision about whether to withdraw the writs of election and, if so where, is highly discretionary."<sup>46</sup>

[44] The GC must be able to act pursuant to their prerogative powers to safeguard the electoral process. The LIGHTS OUT occupation has permeated many large Canadian cities. There is no indication that the occupation will end prior to the original election date. The occupation is deeply entrenched, with staging sites outside of urban centres. The occupation has targeted the election directly. Occupiers set a truck carrying ballots ablaze

---

<sup>41</sup> See Peter W Hogg, *Constitutional Law in Canada*, 5th ed, vol 1 1 (Scarborough: Carswell, 2021) at 17.

<sup>42</sup> See *Vancouver Island Peace Society*, *supra* note 40 at para 62. See also *Ross River Dena Band v Canada*, 2002 SCC 54 at para 54.

<sup>43</sup> See Hogg, *supra* note 41 at 19.

<sup>44</sup> See *Conacher v Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 920, *aff'd* 2010 FCA 131, leave to appeal to SCC refused, 33848 (20 January 2011) at para 26 [*Conacher*].

<sup>45</sup> See *Vancouver Island Peace Society*, *supra* note 40 at para 68.

<sup>46</sup> *Citizens FCA*, *supra* note 13 at para 5.

as it travelled to a Returning Office.<sup>47</sup> The occupiers indicated that they would allow the election activities so long as they take place during daylight hours.<sup>48</sup> This is a hollow guarantee because of the 12-hour statutory voting periods.<sup>49</sup> In this context, their statement foreshadows the possibility of further disruption or violence.

[45] The existence of prerogative powers over elections is reinforced by the silence of the *Emergencies Act* with respect to the electoral process.<sup>50</sup> Even if it were invoked, it would not confer additional powers relative to elections on the executive. Prerogative powers provide logical and necessary authority to ensure the integrity of the electoral process as a whole in the face of threats such as the LIGHTS OUT occupation.

[46] The reference to Section 59 of the *Act* in the Clerk's letter does not change the fact that the GC acted pursuant to prerogative powers. The reference to Section 59 merely indicates how the GC's decision originated, not the source of its authority. The CEO's certification, made pursuant to Section 59, prompted the GC to convene the Panel pursuant to the Critical Election Incident Public Protocol. This Panel is not a creation of the *Act*.

[47] There is no constitutional or statutory requirement that the GC must indicate that they are acting pursuant to prerogative powers when they do so. As such, there is no barrier for this Court to find that the GC acted pursuant to prerogative powers to withdraw the writs of election and to preserve the integrity of the electoral process.

---

<sup>47</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 at paras 5–6, 8.

<sup>48</sup> *Ibid* at para 9.

<sup>49</sup> *Canada Elections Act*, *supra* note 1, s 128(1).

<sup>50</sup> *Emergencies Act*, RSC 1985, c 22 (4th Supp).

2.4 The Governor in Council's decision is not justiciable because the Appellant failed to raise a Charter claim

[48] The exercise of prerogative powers is only reviewable under the *Charter*.<sup>51</sup> The Appellant cannot raise a *Charter* claim here when they did not do so in the lower courts.

[49] A new argument is admissible on appeal only in exceptional circumstances where allowing it does not cause procedural prejudice to the opposing party.<sup>52</sup> In this case, there is procedural prejudice because the Attorney General of Canada has not had the opportunity to address the constitutional question.<sup>53</sup> Not all relevant evidence is in the record.<sup>54</sup> Neither party prepared submissions nor evidence for the courts below.<sup>55</sup>

[50] The Appellant has offered no explanation for why *Charter* arguments were not raised before the FC. Any arguments and evidence could have been produced at first instance by due diligence. Unlike criminal matters in which the accused has exceptionally been allowed to raise new *Charter* claims on appeal, here, the Appellant's liberty is not at stake.<sup>56</sup> The civil context raises the bar for introducing new evidence.<sup>57</sup>

[51] Nor is there time for the matter to be remitted or new evidence filed. The urgency of the case at bar would not allow for such an approach. The parties and the Canadian public need a prompt resolution to these issues. Were the election to proceed, advance polling would begin just one week after this matter is heard before the CCJ.<sup>58</sup>

---

<sup>51</sup> *Operation Dismantle*, *supra* note 29 at 447; *Black v Canada (Prime Minister)*, [2001] 54 OR (3d) 215 at para 30, [2001] OJ No 1853 [*Black*].

<sup>52</sup> *Guindon v Canada*, 2015 SCC 41 at para 22 [*Guindon*]. See also *Mian v R*, 2014 SCC 54 at para 41.

<sup>53</sup> *Guindon*, *supra* note 53 at para 23.

<sup>54</sup> *Athey v Leonati*, [1996] 3 SCR 458 at para 51, 140 DLR (4th) 235.

<sup>55</sup> *Citizens FCA*, *supra* note 13 at para 9.

<sup>56</sup> See e.g. *R v Brown*, [1993] 2 SCR 918, 105 DLR (4th) 199.

<sup>57</sup> *Palmer v R* [1980] 1 SCR 759 at 775, 106 DLR (3d) 212.

<sup>58</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 at para 4.

[52] The interests of justice will not be served if the Appellant is allowed to raise a Hail Mary *Charter* claim at the final level of appeal to render its non-justiciable claim justiciable. The *Charter* cannot be invoked belatedly to circumvent the separation of powers in this way.<sup>59</sup> To do so would promote one version of the rule of law at the expense of other constitutional values, like the separation of powers.

[53] The decision of the FCA must be upheld, and this Court must find the GC's decision to be non-justiciable.

### **3. La décision protège les droits démocratiques garantis par l'art. 3**

[54] Si elle devait être entreprise, une analyse sous l'arrêt *Doré* révèle que la décision protège les droits démocratiques des Canadiens, lesquels doivent avoir une opportunité significative de voter *ensemble* pour élire un Parlement représentatif.

#### **3.1 Si cette Cour autorise l'appelant à soulever un enjeu de *Charte*, le contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative s'y limite**

[55] L'exercice d'une prérogative devient justiciable si une partie fait valoir qu'il contrevient aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*<sup>60</sup>. Le contrôle judiciaire de l'exercice de la prérogative royale se limite cependant à la *Charte*, selon le cadre *Doré*<sup>61</sup>.

[56] Un ajustement est cependant requis. Le test *Doré* s'intéresse à la mise en balance proportionnée des protections garanties par la *Charte* et du mandat prévu par la loi pertinente. Puisque la GC agit dans l'exercice d'une prérogative royale plutôt que d'une

---

<sup>59</sup> *Conacher*, *supra* note 44 at para 3.

<sup>60</sup> *Black*, *supra* note 51 au para 52.

<sup>61</sup> *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12 [*Doré*]; *École secondaire Loyola c Québec (PG)*, 2015 CSC 12 [*Loyola*]; *Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, 2018 CSC 32 [*TWU*]; *El Shurafa c Canada (PG)*, 2014 FC 789 au para 27.

loi, cette cour doit mesurer la mise en balance d'après l'objet de la prérogative : la sauvegarde de l'intégrité du processus électoral en période de crise nationale.

### 3.2 La décision ne restreint pas les droits garantis par l'article 3 de la *Charte*

[57] À l'étape préliminaire du test *Doré*<sup>62</sup>, l'appelante doit démontrer qu'un droit ou qu'une valeur de la *Charte* a été enfreinte ou restreinte. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[58] L'art. 3 ne garantit pas un droit de voter à une date particulière. C'est plutôt l'art. 4 de la *Charte* qui encadre l'aspect temporel des élections<sup>63</sup>. Or, les plus récentes élections générales fédérales ont eu lieu le 20 septembre 2021, de sorte que la durée maximale de cinq ans garantie par l'art. 4 n'est pas un enjeu.

[59] L'art. 3 protège plutôt des droits démocratiques *autres que la date de vote* pour les Canadiens qui doivent tous pouvoir participer utilement au processus électoral. Il prévoit que « [t]out citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales »<sup>64</sup>. Son objet est la « représentation effective »<sup>65</sup>, qui va au-delà « du simple droit de déposer son bulletin de vote dans l'urne »<sup>66</sup>. La Cour suprême a élargi l'interprétation de l'art. 3 au « droit de chaque citoyen à un représentant efficace au sein des assemblées législatives », qui se réalise par le droit de « jouer un rôle significatif dans le processus électoral », et ce, « quel que soit le processus »<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> *Loyola*, supra note 61 au para 39.

<sup>63</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art 4, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Charte*].

<sup>64</sup> *Ibid*, art 3.

<sup>65</sup> *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask)*, [1991] 2 RCS 158 aux pp 188–89, 81 DLR (4<sup>e</sup>) 16 [*Renvoi : Saskatchewan*].

<sup>66</sup> *Dixon c British Columbia (AG)*, [1989] 4 WWR 393 à la p 403, 59 DLR (4<sup>e</sup>) 247, cité dans *Figueroa c Canada (PG)*, 2003 CSC 37 au para 19 [*Figueroa*].

<sup>67</sup> *Figueroa*, supra note 66 aux paras 23, 25, 37, référant à *Renvoi : Saskatchewan*, supra note 65 à la p 183; *Haig c Canada (Directeur général de élections)*, [1993] 2 RCS 995 à

[60] La décision reflète les valeurs contradictoires qui animent l’art. 3 lui-même<sup>68</sup>. Elle démontre une mise en adéquation du droit de vote individuel avec le contexte sociopolitique prévalant, lequel ne permet pas à tous les Canadiens de participer utilement aux élections. Les droits protégés par l’art. 3 ont une dimension collective. Dans ses motifs concurrents dans l’arrêt *Figueroa*, le juge LeBel y lit un droit intrinsèque à la représentation des collectivités, parmi lesquelles « la collectivité plus large formée de l’ensemble des Canadiens »<sup>69</sup>. Le droit de voter est individuel, mais se réalise toujours dans « un contexte social et systémique »<sup>70</sup>. En l’espèce, même si des électeurs en milieu rural pourraient formellement exercer leur droit de vote le 13 mars, on comprend que le GC considérerait que la dimension collective de l’art. 3, donc la possibilité pour tous les Canadiens de participer au processus électoral et d’en retirer un gouvernement représentatif du pays en entier, milite pour le report des élections générales.

[61] La décision atteste de la considération de l’enjeu de la représentativité régionale. La préoccupation est explicite dans l’avis du groupe d’experts, qui s’inquiète que les circonscriptions touchées soient concentrées dans les « centres urbains »<sup>71</sup>. La GC devait savoir que le report partiel des élections serait d’autant plus grave pour la représentativité effective que les circonscriptions urbaines, au Canada, ont souvent un nombre d’électeurs plus important que les circonscriptions rurales<sup>72</sup>. Le rapport d’électeurs non-représentés serait donc plus grand que celui des 125 circonscriptions touchées et des 213 restantes.

---

la p 1031, 105 DLR (4<sup>e</sup>) 577 [*Haig*]; *Harper c Canada (PG)*, 2004 CSC 33 au para 103 [*Harper*].

<sup>68</sup> *Figueroa*, *supra* note 66 aux paras 36, 124–135; *Renvoi : Saskatchewan*, *supra* note 65 aux pp 181–89.

<sup>69</sup> *Figueroa*, *supra* note 66 au para 101.

<sup>70</sup> *Ibid* au para 133.

<sup>71</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 au para 14.

<sup>72</sup> *Renvoi : Saskatchewan*, *supra* note 65 à la p 166.

Finalement, les électeurs qui n'auraient pas une opportunité sécuritaire de voter, ou pas d'opportunité du tout s'il y avait report dans seulement 125 circonscriptions, seraient ceux qui sont les plus durement affectés par la crise politique actuelle, et qui ont l'intérêt le plus direct dans la résolution de la crise par leurs élus.

[62] La décision et l'art. 3 encouragent un exercice « significatif » des droits démocratiques<sup>73</sup>, qui requiert une opportunité sécuritaire de participer au processus électoral. Ce ne serait pas le cas d'une élection expéditive dans les présentes circonstances. Poursuivre l'élection « extrêmement difficile »<sup>74</sup> comporte des risques recensés dans l'avis du groupe d'experts, mais aussi, logiquement, de sécurité pour les électeurs dissuadés de participer utilement au processus électoral. Des opportunités inégales de voter évoquerait logiquement un risque pour la perception qu'a le public de l'intégrité du système électoral, et ultimement pour la confiance dans les résultats électoraux et la représentativité du gouvernement ainsi élu<sup>75</sup>.

[63] En somme, la décision ne restreint et ne contrevient pas à l'art. 3 en ce qu'elle *prévient* qu'un préjudice important soit causé aux droits démocratiques des Canadiens et, par extension, à l'intégrité du système électoral. Le libellé du communiqué atteste que cette préoccupation était au cœur de la décision de la GC : « Les Canadiens devraient avoir confiance dans l'intégrité de leur système électoral et leur confiance dans leur Parlement pourrait être irrémédiablement minée si cette élection se déroule à des moments différents dans différentes parties du pays. »<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> *Haig*, *supra* note 67 à la p 1031; *Figueroa*, *supra* note 67 aux paras 25–27, 29, 36; *Harper*, *supra* note 67 aux paras 69–70, 87.

<sup>74</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 au para 11.

<sup>75</sup> Michael Pal, « A Pandemic Federal Election : Democracy Under Conditions of Emergency » (2021) 53:1 Ottawa L Rev 39 aux pp 40, 47.

<sup>76</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 au para 14.

### 3.3 Subsidiairement, la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits démocratiques des électeurs canadiens avec les objectifs poursuivis

[64] Si cette Cour conclut que la décision fait intervenir l'art. 3, le dossier révèle que la GC est arrivée à une décision discrétionnaire qui est le « fruit d'une mise en balance proportionnée des protections en cause conférées par la *Charte* et du mandat pertinent »<sup>77</sup>. La décision harmonise l'objectif de préservation du système électoral avec la dimension collective des droits démocratiques, qui entre parfois en conflit avec leur dimension individuelle. C'est à bon droit que la GC a implicitement conclu qu'il n'existait pas d'autres voies raisonnablement accessibles qui auraient donné « davantage effet aux protections conférées par la *Charte* eu égard aux objectifs applicables »<sup>78</sup>.

[65] La décision ne fait intervenir qu'une dimension limitée de l'art. 3 –le vote des électeurs qui habitent des régions non impactées par l'occupation le 13 mars 2023–. En contrepartie, elle donne effet aux dimensions collectives de l'art. 3, et, ce faisant, réalise légitimement le mandat de la GC. L'atteinte est minimale, alors que l'objectif est accompli.

[66] La décision de reporter les élections générales fait partie des issues possibles et acceptable : elle est donc raisonnable<sup>79</sup>. La GC, qui a droit au plus haut niveau de déférence dans son évaluation factuelle des risques d'une situation sans précédent, aurait pu procéder de trois façons<sup>80</sup>. Elle pouvait (1) maintenir les élections générales en n'agissant pas; (2) opter pour des élections partielles en ordonnant un retrait des brefs limité aux 125

---

<sup>77</sup> *TWU*, *supra* note 61 au para 59.

<sup>78</sup> *Ibid* au para 81.

<sup>79</sup> *Loyola*, *supra* note 61 au para 41; *Doré*, *supra* note 61 au para 56, citant *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 au para 47.

<sup>80</sup> *Entertainment Software Association c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100 aux paras 27–29 [*Entertainment Software*], référant à *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 aux paras 108–10, 129–32 [*Vavilov*]; *Gitxaala Nation*, *supra* note 20 aux paras 142–55; *Canada Elections Act*, *supra* note 1, arts 59(1), 59(4).

circonscriptions déjà certifiées; ou (3) reporter les élections générales. La tenue des élections générales le 13 mars porterait atteinte à la sécurité des électeurs, au droit à la participation utile garanti par l'art. 3, et conséquemment à l'intégrité du système électoral. Le report partiel des élections aurait gravement atteint les droits démocratiques de plus du tiers des Canadiens, et les droits démocratiques collectifs de tous. Aucune alternative ne donnait davantage d'effet aux droits démocratiques des électeurs canadiens.

[67] La décision à laquelle la GC est arrivée, qui dans les faits ne reporte les élections que de quelques semaines, est raisonnable puisqu'elle respecte l'arrêt *Doré*.

3.4 La réparation appropriée à la non-conformité avec le cadre analytique *Doré* serait un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité

[68] Si cette Cour conclut à une restriction disproportionnelle de l'art. 3, la seule réparation appropriée est le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité, qui laisse le soin à la GC d'examiner les mesures à prendre. Dans *Khadr*, « les incertitudes au chapitre de la preuve, les limites de la compétence institutionnelle de la Cour et la nécessité de respecter les prérogatives de l'exécutif » ont motivé la Cour suprême à ordonner cette réparation<sup>81</sup>. Ce sont toutes des considérations applicables en l'espèce.

4. Même si la décision a été rendue en vertu de la *Loi électorale*, elle est raisonnable

[69] La présomption d'application de la norme de la décision raisonnable prend effet<sup>82</sup>. Aucune des situations justifiant de déroger à la présomption ne s'applique<sup>83</sup>. Le contrôle judiciaire à faire n'est pas restreint comme l'est celui d'une prérogative royale.

---

<sup>81</sup> *Canada (Premier ministre) c Khadr*, 2010 CSC 3 aux paras 37–39, 44–47.

<sup>82</sup> *Vavilov*, *supra* note 80 aux paras 10, 16, 23; *Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)* 2013 CSC 36 au para 46.

<sup>83</sup> *Vavilov*, *supra* note 80 au para 53; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30 aux paras 26–28.

[70] Le rôle de cette Cour consiste à examiner les motifs de la GC, à déterminer si la décision est fondée sur un raisonnement intrinsèquement cohérent et si elle est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes<sup>84</sup>. Cette Cour doit considérer la décision comme un « tout »<sup>85</sup>-- elle doit se préoccuper de la légalité de l'acte, « et non pas de l'opportunité, de la sagesse ou de la justesse de cette décision »<sup>86</sup>.

[71] Le dossier démontre un raisonnement complet et intelligible. Cette Cour est en mesure de « relier les points sur la page » puisque « les lignes, et la direction qu'elles prennent, peuvent être facilement discernées »<sup>87</sup>. Ici, le communiqué public --lequel recense des considérations qui ont guidé la décision sans renoncer au privilège confidentiel du Cabinet<sup>88</sup>--, les faits admis, les droits démocratiques des électeurs canadiens et l'interprétation habilitante du para. 59(1) sont autant de lignes qui permettent de comprendre la décision. Elles prennent toutes la direction d'une action prompte à l'échelle nationale pour préserver le système électoral face à un risque réel de crise constitutionnelle.

#### 4.1 L'art. 3 de la *Charte* s'accorde avec l'objectif de la *Loi électorale*

[72] Si cette Cour déterminait que la GC a agi en application de pouvoirs que lui confère la *Loi* plutôt que dans l'exercice d'une prérogative royale, le résultat de l'analyse sous

---

<sup>84</sup> *Vavilov*, supra note 80 aux paras 83–85, 88–101.

<sup>85</sup> *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34 au para 54.

<sup>86</sup> *Nunavut Tunngavik Inc c Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1998] 4 CF 405, 162 DLR (4<sup>e</sup>) 625.

<sup>87</sup> *Komolafe c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 431 au para 11; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62 aux para 11–12; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 157 au para 15.

<sup>88</sup> *Vavilov*, supra note 80 aux paras 136–37; *Peace Valley Landowner Association c Canada (PG)*, 2015 CF 1027 au para 64.

l'arrêt *Doré* est inchangé. L'analyse de la décision diffère seulement en ce qu'une attention est portée aux objectifs et mécanismes de la *Loi*.

[73] Il existe une harmonie conceptuelle entre l'art. 3 et la *Loi* : tous deux ont comme objectif de « favoriser la participation au scrutin », inséparable de la préservation de « l'intégrité du processus démocratique »<sup>89</sup>. La *Loi*, de la même façon que l'art. 3, met en balance des « valeurs interreliées et parfois contradictoires », parmi lesquelles l'art. 3 agit comme « valeur prépondérante » auprès de « la certitude, l'exactitude, l'équité, l'accessibilité, l'anonymat de l'électeur, la célérité, le caractère définitif des résultats, la légitimité, l'efficacité et le coût »<sup>90</sup> [nous soulignons]. Les protections garanties par l'art. 3 et le mandat de la *Loi* ne se contredisent pas.

[74] Lorsqu'on évalue si une alternative raisonnable aurait donné davantage effet à l'art. 3, une attention est requise au mécanisme alternatif prévu au para. 59(4) de la *Loi*, c'est-à-dire l'ajournement des élections d'au plus sept jours<sup>91</sup>. Cette disposition n'aurait logiquement pas pu trouver application en l'espèce. Les faits ne révèlent aucune sortie de crise qui puisse permettre la prompte résolution envisagée par le para. 59(4), notamment :

- (a) les centres urbains sont occupés à la largeur du pays;
- (b) ON ÉTEINT a suggéré que les perturbations se poursuivraient durant les heures de noirceur alors que la *Loi* impose une durée de vote de douze heures consécutives<sup>92</sup>;

---

<sup>89</sup> *Opitz c Wrzesnewskyj*, 2012 CSC 55 aux paras 37–38.

<sup>90</sup> *Ibid* au para 44.

<sup>91</sup> *Canada Elections Act*, *supra* note 1, art 59(4).

<sup>92</sup> *Ibid*, art 128.

(c) la CF a elle-même conclu qu'« [i]l n'y a aucune question sur la base de preuve devant cette cour qu'un reportage court ne fera rien pour résoudre les défis en tenant l'élection. »<sup>93</sup>

Même avec une attention nouvelle portée à la *Loi*, la décision fait donc toujours partie des issues possibles et acceptables.

#### 4.2 Le raisonnement de la décision est intrinsèquement cohérent

[75] Revenant à *Vavilov*, le raisonnement de la décision est intrinsèquement cohérent, et le communiqué public permet de le comprendre. On y fait notamment valoir des craintes de « crise constitutionnelle »; qu'il n'est « pas clair si le Parlement pouvait être rappelé avant qu'une élection soit tenue dans les 125 circonscriptions touchées ou s'il pouvait fonctionner »; et qu'« il n'y a aucune garantie qu'un parti cédera le pouvoir s'il est invité [à former] le gouvernement sur la base de résultats partiels »<sup>94</sup>.

[76] La décision est fondée sur une analyse rationnelle<sup>95</sup>. Avec égards pour le juge Hamel, il ne s'agit pas de *spéculations*, mais plutôt d'*inférences*<sup>96</sup>. Ces risques sont raisonnablement inférés de la preuve circonstancielle. Rappelons que la loi est muette sur la possibilité qu'un Parlement puisse être formé si seuls les électeurs de 213 circonscriptions devaient voter, ou encore que la 44<sup>e</sup> législature puisse se reformer si les élections générales étaient reportées. La situation est grave et véritablement sans précédent. Il est raisonnable que la GC appréhende une crise constitutionnelle vu les faits, et qu'elle agisse en conséquence.

---

<sup>93</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 au para 11.

<sup>94</sup> *Ibid* au para 14.

<sup>95</sup> *Vavilov*, *supra* note 80 aux paras 102–04.

<sup>96</sup> *Citizens FCA*, *supra* note 13 au para 10; *Sherman Estate v Donovan*, 2021 CSC 25 au para 97, référant à *R v Chanmany*, 2016 ONCA 576 au para 45.

[77] Finalement, les décisions relatives à l'intérêt public font typiquement appel à de larges notions économiques, culturelles et sociales qui, si plus vastes que pour un autre type de décision, n'en sont pas rendues spéculatives pour autant<sup>97</sup>. L'intervention de « considérations de politique générale » est rationnelle et logique pour le type de décision qu'a rendu la GC<sup>98</sup>.

#### 4.3 La gouverneure en conseil a raisonnablement interprété le para. 59(1)

[78] Il ressort du dossier que la GC a implicitement interprété l'art. 59 de la *Loi* comme lui octroyant le pouvoir d'ordonner le retrait du bref dans une circonscription pour laquelle le Directeur n'a pas encore certifié que la tenue de l'élection est pratiquement impossible<sup>99</sup>. Il était raisonnable pour la GC d'interpréter le para. 59(1) comme établissant un processus dialogique entre le Directeur, qui bénéficie de l'intelligence des agents sur le terrain, et son office, ultimement responsable d'actions promptes pour résoudre une crise électorale. Cela est notamment compatible avec l'esprit du para. 15(4) de la *Loi*, qui exige que le Directeur « communique [...] avec l[a] gouverneur[e] en conseil »<sup>100</sup>.

[79] Lorsqu'elle évalue l'interprétation statutaire d'un décideur administratif, cette Cour est tenue de « déférer à toute interprétation raisonnable du décideur administratif, même lorsque d'autres interprétations raisonnables sont possibles »<sup>101</sup>. Une cour de révision peut procéder à une « analyse préliminaire du texte, du contexte et de l'objet »

---

<sup>97</sup> *Gitxaala Nation*, supra note 20 au para 144; *Entertainment Software*, supra note 81 au para 28.

<sup>98</sup> *Ligue des droits de la personne B'Nai Brith Canada c Odymsky*, 2010 CAF 307 aux paras 76–77, 86.

<sup>99</sup> *Citizens FC*, supra note 2 au para 16.

<sup>100</sup> *Canada Elections Act*, supra note 1, art 15(4).

<sup>101</sup> *McLean c Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67 au para 40 [*McLean*].

d'une loi habilitante avant de réviser une décision, sans toutefois produire de « conclusions définitives » qui « établiraient alors [son] propre critère pour jauger l'interprétation du décideur administratif »<sup>102</sup>.

[80] Puis, tout comme la GC, cette Cour ne bénéficie pas des enseignements jurisprudentiels d'aucune Cour lorsqu'elle se penche sur l'interprétation de l'art. 59<sup>103</sup>.

[81] Le libellé du para. 59(1) de la *Loi*, conjointement avec le texte, le contexte et l'objet de la législation, mène raisonnablement à l'interprétation que l'ordre de retrait du bref de la GC puisse intervenir avant la certification d'une circonscription par le Directeur.

[82] Le texte d'une loi gouverne l'interprétation statutaire<sup>104</sup>. Le para. 59(1) se lit ainsi :

59(1) Le gouverneur en conseil peut ordonner le retrait du bref pour toute circonscription pour laquelle le directeur général des élections certifie qu'il est pratiquement impossible, par suite d'une inondation, d'un incendie ou de toute autre calamité, d'appliquer la présente loi.

Il ne fait pas mention d'exigence de temporalité, mais de deux conditions de forme sans ordre. L'une est la certification d'impraticabilité par le Directeur (« *impracticable* » dans la version anglaise de la *Loi*); l'autre, l'ordre de retrait du bref par la GC.

[83] L'emploi de l'indicatif présent (« certifie »/« *certifies* ») ne prescrit pas d'ordre entre la certification et la décision comme l'emploi du passé l'aurait fait. Le para. 60(1), lui, prévoit que le directeur du scrutin « ouvre » un bureau « dès réception du bref ou dès

---

<sup>102</sup> *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Mason*, 2021 CAF 156 au para 17.

<sup>103</sup> *Conseil du Trésor c Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2009 CRTFP 120 (la seule interprétation disponible est celle de la Commission des relations de travail dans la fonction publique).

<sup>104</sup> *Telus Communications c Wellman*, 2019 CSC 19 aux paras 79, 82; Mark Mancini, « The 'Return' of 'Textualism' at the SCC[?] » (2019), en ligne (blogue) : *Double Aspect* <doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>.

que le Directeur lui en a notifié l'existence »<sup>105</sup> [nous soulignons]. Le législateur aurait choisi une formulation similaire s'il avait voulu prescrire un ordre au para. 59(1).

[84] L'ambiguïté de la répartition du pouvoir entre le Directeur et la GC devient saisissante lorsqu'on compare le para. 59(1) aux dispositions prescriptives d'autres lois déléguant une fonction à la GC. La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, par exemple, prévoit notamment, au para. 54(4), que la GC agit « sur la recommandation du ministre »<sup>106</sup>. Des exemples similaires existent au niveau provincial lorsque le législateur soumet l'action du ministre au « approval of the Governor in Council »<sup>107</sup>. Le para. 28(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* contient une limite claire au pouvoir de la GC qui ne peut agir que « [si elle] est convaincu[e] que la décision en cause ne va pas dans le sens des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion »<sup>108</sup>. Même dans l'art. 59 de la *Loi* elle-même, le para. 59(2) répartit clairement les pouvoirs lorsqu'il prévoit que le Directeur publie un avis de retrait « sur ordre du gouverneur en conseil »<sup>109</sup>. Or, contrairement à ces exemples, rien dans le para. 59(1) n'ordonne l'action de la GC.

[85] Lorsque le libellé d'une loi est imprécis, une cour saisie d'un contrôle judiciaire peut « conclure à un large éventail possible d'interprétations », et le décideur « jouit [d'un privilège] en matière d'interprétation »<sup>110</sup>. Cette démarche est conforme avec les dispositions de la *Loi d'interprétation*, laquelle prévoit que « [t]out texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit

---

<sup>105</sup> *Canada Elections Act*, supra note 1, art 60(1).

<sup>106</sup> *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, LC 2012, c 19, art 54, interprété dans *Taseko Mines Limited c Canada (Environnement)*, 2017 CF 1100.

<sup>107</sup> *Crown Lands Act*, RSNS 1989, c 114, art 16(1)(a), interprété dans *Bancroft v Nova Scotia (Lands and Forestry)*, 2021 NSSC 234 au para 109.

<sup>108</sup> *Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, c 11, art 28(1).

<sup>109</sup> *Canada Elections Act*, supra note 1, art 59(2).

<sup>110</sup> *Hillier c Canada (AG)*, 2019 CAF 44 au para 15; *McLean*, supra note 101 au para 40.

compatible avec la réalisation de son objet »<sup>111</sup>. L'interprétation faite du para. 59(1) s'harmonise avec le contexte et l'objet de la *Loi*, soit l'« objectif de préservation de l'intégrité du processus électoral »<sup>112</sup>. Elle permet une action nationale pour contrer une crise électorale nationale.

4.4 L'occupation de ON ÉTEINT constitue une « calamité » qui rend « pratiquement impossible » la tenue des élections générales

[86] La GC pouvait raisonnablement se fier à la qualification de l'occupation de ON ÉTEINT de « calamité » au sens du para. 59(1), lequel ne propose aucune définition qui aurait restreint le sens de « calamité »<sup>113</sup>. L'inclusion de catastrophes humaines dans le sens donné à « calamité » est raisonnable. Le législateur a ouvert l'applicabilité de l'art. 59 en ajoutant une catégorie indéfinie (« calamité »/« *other disasters* ») à deux catégories restrictives (« inondation » et « incendie »)<sup>114</sup>. L'objet et le contexte de la *Loi* favorisent tous les deux l'inclusivité du para. 59(1), sans quoi aucun décideur n'aurait la capacité d'agir sur une catastrophe qui impacterait les élections dès qu'elle serait d'origine humaine—ce qui engloberait non seulement ON ÉTEINT, mais aussi, nous pouvons l'imaginer, des pannes majeures de réseaux de télécommunications ou encore des attaques terroristes. Cette interprétation doit être rejetée : si cette Cour refuse l'existence d'une prérogative royale en l'espèce, alors il *faut* qu'un décideur soit habilité à agir sur des calamités d'origine humaine. Autrement, la capacité des autorités de protéger le système électoral canadien serait partielle et contingente.

---

<sup>111</sup> *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-2, art 12.

<sup>112</sup> *Harvey c Nouveau-Brunswick (PG)*, [1996] 2 RCS 876, 137 DLR (4<sup>e</sup>) 142.

<sup>113</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 au para 16.

<sup>114</sup> *Vavilov*, *supra* note 80 au para 110.

[87] Comme la CF l'a constaté, les faits non contestés tombent sous le sens ordinaire d'« *impracticable* » qui, en l'absence d'indication contraire dans la *Loi*, doit s'appliquer<sup>115</sup>.

La définition d'« *impracticable* » du Merriam-Webster, « incapable d'être exécuté ou accompli par les moyens employés ou commandés », concorde d'ailleurs avec l'interprétation qu'en ont fait d'autres cours au pays : « *incapable of being done usefully or capable of being done but at too great a cost* »<sup>116</sup>, « *something less than impossible* »<sup>117</sup>.

[88] Les faits révélés, même si incomplets étant donné les renseignements confidentiels du Cabinet, suffisent pour comprendre ce pourquoi on a qualifié les élections de pratiquement impossibles. L'intimé ramène à l'attention de cette Cour les conclusions de fait saillantes de l'affaire :

(a) il y a deux semaines, les manifestants de ON ÉTEINT se sont soudainement mis à mener ce que la CF a appelé une « occupation »;

(b) leurs actions ont perturbé les élections : des locaux et des imprimeries chargées de l'impression des bulletins de vote ont été rendus indisponibles;

(c) un camion transportant des bulletins de vote a été attaqué<sup>118</sup>.

C'est à juste titre que la CF a qualifié l'élection d'« extrêmement difficile »<sup>119</sup>, une formule qui rappelle « pratiquement impossible ».

[89] La « décision raisonnable en est une qui se justifie au regard des faits »<sup>120</sup>. Les faits en l'espèce sont graves et justifient pleinement la décision. La déférence guide à ce stade-

---

<sup>115</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 aux paras 20–21; *R c DAI*, 2012 CSC 5 au para 26; *Thomson c Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 RCS 385 aux pp 399–400, 89 DLR (4<sup>e</sup>) 218.

<sup>116</sup> *Burke v John Doe*, 2013 BCSC 964 au para 5.

<sup>117</sup> *R v Erickson*, 2003 BCCA 693 au para 33.

<sup>118</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 aux paras 5, 8.

<sup>119</sup> *Ibid* au para 8.

<sup>120</sup> *Vavilov*, *supra* note 80 au para 126.

ci cette Cour qui doit porter son attention sur la « trame factuelle générale » : seules des circonstances « exceptionnelles » justifieront une intervention judiciaire sur les conclusions de fait du décideur administratif<sup>121</sup>. La CF a eu raison de faire preuve de déférence envers la qualification du Directeur. La GC n’omet aucun élément essentiel qui aurait contredit sa conclusion<sup>122</sup>.

#### 4.5 Le Directeur général des élections peut en tout état de cause certifier les 213 circonscriptions restantes

[90] La Cour doit présumer que le Directeur s’acquitte de ses responsabilités de bonne foi et en tenant compte de tous les faits pertinents, dont les préoccupations du groupe d’experts. Le Directeur bénéficiera indubitablement des enseignements de cette Cour sur l’applicabilité de l’art. 59. On peut penser que le Directeur utilisera sa discrétion pour agir et certifier les circonscriptions restantes dès qu’il le pourra afin de stabiliser la situation.

[91] Les circonstances du dossier soutiennent la conclusion du report des élections générales. Des élections ne pourraient raisonnablement avoir lieu à ce stade-ci. Les délais imposés par la *Loi* sont indûment courts. On ignore si Élections Canada, un organisme indépendant qui n’est pas partie à l’instance, a continué les opérations préparatoires essentielles au scrutin après les décisions des tribunaux inférieurs. Nous savons cependant qu’un camion transportant des bulletins a été détruit, et que des bureaux de scrutin ont été rendus indisponibles par ON ÉTEINT. Autrement dit, il est probable que rien ne soit prêt.

[92] Il restera au moment de l’audience à peine plus de deux semaines avant la date des élections générales originalement fixée, et moins d’une semaine avant le vote par anticipation. Si la Cour accueille l’appel, les électeurs n’auront qu’une semaine pour

---

<sup>121</sup> *Vavilov*, *supra* note 80 au paras 125–26.

<sup>122</sup> *Herrera Andrade c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1490 au para 9.

présenter leur demande de voter par la poste s'ils désirent éviter de se rendre aux bureaux de scrutin le jour de l'élection pour des raisons de sécurité<sup>123</sup>. Puis, rappelons qu'un camion transportant des bulletins de vote a été ciblé par ON ÉTEINT, ce qui fait raisonnablement craindre que le vote postal ne serait pas une alternative viable<sup>124</sup>. Il n'est d'ailleurs pas établi qu'Élections Canada aurait même les capacités de subvenir à des demandes massives de vote postal, une méthode de scrutin demeurée marginale jusqu'à présent<sup>125</sup>.

[93] Dans l'éventualité où le Directeur ne certifierait pas les 213 circonscriptions restantes dans les jours qui suivent, l'intimé demande que cette Cour réserve le droit des parties de s'adresser à elle sur une base urgente pour résoudre promptement le litige et, le cas échéant, de présenter des observations à la lumière de faits nouveaux<sup>126</sup>. Cette réparation est appropriée considérant que : (1) le Directeur n'est pas une partie au litige; (2) la réparation demandée respecte les deux conditions du para. 59(1); et (3) la déférence demande de laisser l'affaire suivre son cours auprès du Directeur, qui a accès au dossier complet<sup>127</sup>.

## **PARTIE V – LES CONCLUSIONS RECHERCHÉES**

[94] Pour les raisons qui précèdent, l'intimé demande à cette Cour de :

**REJETER** le pourvoi;

Subsidiairement, **RÉSERVER** le droit des parties de s'adresser à la Cour canadienne de justice advenant que le directeur général des élections ne certifie pas les 213 circonscriptions restantes dans les prochains jours;

Subsidiairement, **DÉCLARER** que la décision a porté atteinte aux droits des électeurs canadiens qui leur sont garantis par l'art. 3 de la *Charte*.

---

<sup>123</sup> *Canada Elections Act*, *supra* note 1, art 232(1).

<sup>124</sup> *Citizens FC*, *supra* note 2 au para 8.

<sup>125</sup> *Pal*, *supra* note 75 aux pp 52, 63.

<sup>126</sup> *Restructuration de Fortress Global Enterprises Inc*, 2020 QCCS 5132.

<sup>127</sup> *Vavilov*, *supra* note 80 au para 140; *Gitxaala Nation*, *supra* note 20 aux paras 333–35.

**LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS** en ce 30 janvier 2023.



Robyn Otto  
Counsel for the Respondent



Audrey Parent  
Procureure de l'intimé

## APPENDIX A – LIST OF AUTHORITIES REFERRED TO

### LEGISLATION

*Canada Elections Act*, SC 2000, c 9.

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

*Crown Lands Act*, RSNS 1989, c 114.

*Emergencies Act*, RSC 1985, c 22 (4th Supp).

*Federal Courts Act*, RSC 1985, c F-7.

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, LC 2012, c 19.

*Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-2.

*Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, c 11.

### JURISPRUDENCE

*Aryeh-Bain v Canada (AG)*, 2019 FC 964.

*Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36.

*Air Canada v Toronto Port Authority et al*, 2011 FCA 347.

*Alexion Pharmaceuticals Inc. c Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 157.

*Athey v Leonati*, [1996] 3 SCR 458, 140 DLR (4th) 235.

*Bancroft v Nova Scotia (Lands and Forestry)*, 2021 NSSC 234.

*Black v Canada (Prime Minister)*, [2001] 54 OR (3d) 215, [2001] OJ No 1853.

*Burke v John Doe*, 2013 BCSC 964.

*Canada (AG) v Democracy Watch*, 2020 FCA 69.

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c Mason*, 2021 CAF 156.

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65.

*Canada (Premier ministre) c Khadr*, 2010 CSC 3.

*Canadian Forest Products Ltd v Canada (AG)*, 2005 FCA 220.

*Citizens for Democracy v Canada (AG)*, 2023 FC 129.

*Conacher v Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 920.

*Conseil du Trésor c Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2009 CRTFP 120.

*Cyr v Batchewana First Nation of Ojibways*, 2022 FCA 90.

*Democracy Watch v Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15.

*Dixon c British Columbia (AG)*, 1989] 4 WWR 393, 59 DLR (4<sup>e</sup>) 247.

*Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12.

*Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9.

*École secondaire Loyola c Québec (PG)*, 2015 CSC 12.

*El Shurafa c Canada (PG)*, 2014 FC 789.

*Entertainment Software Association c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100.

*Figueroa c Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37.

*Friends of the Earth v Canada (Governor in Council)*, 2008 FC 1183

*Gitxaala Nation v Canada*, 2016 FCA 187.

*Guindon v Canada*, 2015 SCC 41.

*Haig c Canada (Directeur général de élections)*, [1993] 2 RCS 995.

*Harper c Canada (PG)*, 2004 CSC 33.

*Harvey c Nouveau-Brunswick (PG)*, [1996] 2 RCS 876, 137 DLR (4<sup>e</sup>) 142.

*Herrera Andrade c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1490.  
*Hillier c Canada (AG)*, 2019 CAF 44.  
*Housen v Nikolaisen*, 2002 SCC 33.  
*Komolafe c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 431.  
*Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, 2018 CSC 32.  
*Ligue des droits de la personne B’Nai Brith Canada c Odynsky*, 2010 CAF 307.  
*McLean c Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67.  
*Mian v R*, 2014 SCC 54.  
*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62.  
*Nunavut Tunngavik Inc c Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1998] 4 CF 405, 162 DLR (4<sup>e</sup>) 625.  
*Operation Dismantle v R*, [1985] 1 SCR 441, 18 DLR (4th) 481.  
*Opitz c Wrzesnewskyj*, 2012 CSC 55.  
*Palmer v R*, [1980] 1 SCR 759, 106 DLR (3d) 212.  
*Peace Valley Landowner Association c Canada (PG)*, 2015 CF 1027.  
*Première Nations des Hupacasath c Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4.  
*R v Brown*, [1993] 2 SCR 918, 105 DLR (4th) 199.  
*R v Chanmany*, 2016 ONCA 576.  
*R c DAI*, 2012 CSC 5.  
*R v Erickson*, 2003 BCCA 693.  
*Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask)*, [1991] 2 RCS 158, 81 DLR (4e) 16.  
*Restructuration de Fortress Global Enterprises Inc.*, 2020 QCCS 5132.  
*Ross River Dena Band v Canada*, 2002 SCC 54.  
*Saskatchewan (AG) v Pasqua First Nation*, 2016 FCA 133.  
*Sherman Estate v Donovan*, 2021 CSC 25.  
*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30.  
*Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34.  
*Taseko Mines Limited c Canada (Environnement)*, 2017 CF 1100.  
*Telus Communications c Wellman*, 2019 CSC 19.  
*Thomson c Canada (Sous- ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 RCS 385, 89 DLR (4<sup>e</sup>) 218.  
*Tsleil-Waututh Nation v Canada (AG)*, 2017 FCA 128.  
*Vancouver Island Peace Society v Canada (TD)*, [1994] 1 FC 102, [1993] FCJ No 601.

## **SECONDARY SOURCES**

Hogg, Peter W, *Constitutional Law in Canada*, 5th ed, vol 1 (Scarborough: Carswell, 2021).

Mancini, Mark, « The ‘Return’ of ‘Textualism’ at the SCC[?] », (2019), en ligne (blogue) : *Double Aspect* <[doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/](https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/)>.

Pal, Michael, « A Pandemic Federal Election : Democracy Under Conditions of Emergency » (2021) 53:1 Ottawa L Rev 39.

Sossin, Lorne M, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada* (Toronto: Thomson Reuters, 2012).