

**CONTENTS****TABLE DES MATIÈRES**

---

Applications for leave to appeal filed	1838 - 1839	Demandes d'autorisation d'appels produites
Applications for leave submitted to Court since last issue	1840 - 1845	Demandes soumises à la Cour depuis la dernière parution
Oral hearing ordered	-	Audience ordonnée
Oral hearing on applications for leave	-	Audience sur les demandes d'autorisation d'autorisation
Judgments on applications for leave	1846 - 1849	Jugements rendus sur les demandes d'autorisation
Motions	1850 - 1856	Requêtes
Notices of appeal filed since last issue	1857	Avis d'appel produits depuis la dernière parution
Notices of intervention filed since last issue	1858	Avis d'intervention produits depuis la dernière parution
Notices of discontinuance filed since last issue	1859	Avis de désistement produits depuis la dernière parution
Appeals heard since last issue and disposition	1860 - 1861	Appels entendus depuis la dernière parution et résultat
Pronouncements of appeals reserved	1862 - 1866	Jugements rendus sur les appels en délibéré
Headnotes of recent judgments	1867 - 1933	Sommaires des arrêts récents
Weekly agenda	1934	Ordre du jour de la semaine
Summaries of the cases	-	Résumés des affaires
Cumulative Index - Leave	-	Index cumulatif - Autorisations
Cumulative Index - Appeals	-	Index cumulatif - Appels
Appeals inscribed - Session beginning	-	Pourvois inscrits - Session commençant le
Notices to the Profession and Press Release	-	Avis aux avocats et communiqué de presse
Deadlines: Motions before the Court	1935	Délais: Requêtes devant la Cour
Deadlines: Appeals	1936	Délais: Appels
Judgments reported in S.C.R.	-	Jugements publiés au R.C.S.

**APPLICATIONS FOR LEAVE TO  
APPEAL FILED**

**Mayfield Investments Ltd. operating as the  
Mayfield Inn**

Daniel W. Hagg, Q.C.  
Bryan & Co.

v. (23739)

**Gillian Stewart and Keith Stewart et al. (Alta.)**

Philip J. Warner, Q.C.  
Bishop & McKenzie

FILING DATE 1.10.1993

---

**Her Majesty The Queen**

William F. Ehrcke  
Ministry of the A.G.

v. (23748)

**Nathen Bernshaw (B.C.)**

Robert A. Higinbotham  
Green Higinbotham & Claus

FILING DATE 8.10.1993

---

**Her Majesty The Queen**

Barbara G. Barrowman  
Min. of the A.G.

v. (23749)

**David Gordon Barrett (Ont.)**

Lisa A. Silver  
Greenspan, Humphrey

FILING DATE 8.10.1993

---

**John Skender et al.**

Douglas H. Christie

v. (23750)

**Randall Reed Anderson et al. (B.C.)**

Robert S. Gill  
Crease & Co.

FILING DATE 8.10.1993

---

**DEMANDES D'AUTORISATION  
D'APPEL PRODUITES**

**Ursula Hecht**

Peter Butler, Q.C.  
Farris, Vaughan, Wills & Murphy

v. (23751)

**Gerald Andrew Reid et al. (B.C.)**

James G. Carphin  
Russell & DuMoulin

FILING DATE 8.10.1993

---

**The Toronto-Dominion Bank**

Douglas K. Gray  
Hicks Morley Hamilton Stewart Storie

v. (23752)

**United Brotherhood of Carpenters and Joiners  
of America, Local 785 et al. (Ont.)**

Norman L. Jesin  
Jesin & Watson

FILING DATE 12.10.1993

---

**Ville de Beauport**

Raynold Langlois, c.r.  
Langlois Robert

c. (23753)

**Caisse populaire de Charlesbourg (Qué.)**

Yves Alain  
Hickson, Martin & Blanchard

DATE DE PRODUCTION 7.10.1993

---

**Ronald Timpson**

William G.D. McCarthy  
McCarthy, Smith

v. (23754)

**Her Majesty The Queen (F.C.A.)**

R. Tassé, Q.C.  
Dep. A.G of Canada

FILING DATE 14.10.1993

---

**Lal Mohammed Zurmati**

David E. Harris  
Carter and Minden

v. (23668)

**Her Majesty The Queen (Ont.)**

Eric Siebenmorgen  
Crown Law Office, Criminal

FILING DATE 14.10.1993

---

**Sidney L. Jaffe et al.**

Anil K. Kapoor

v. (23755)

**William Hatch et al. (Ont.)**

David M. Brown

FILING DATE 18.10.1993

---

**APPLICATIONS FOR LEAVE  
SUBMITTED TO COURT SINCE  
LAST ISSUE**

**REQUÊTES SOUMISES À LA COUR  
DEPUIS LA DERNIÈRE PARUTION**

---

**OCTOBER 20, 1993 / LE 20 OCTOBRE 1993**

**CORAM: THE CHIEF JUSTICE LAMER AND McLACHLIN AND MAJOR JJ. /  
LE JUGE EN CHEF LAMER ET LES JUGES McLACHLIN ET MAJOR**

**Brian James McGovern**

**v. (23733)**

**Her Majesty the Queen (Crim.)(Man.)**

**NATURE OF THE CASE**

Criminal law - Trial - Evidence - Did trial judge err in not recognizing different weight to be given to evidence given under s. 16(2) and s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*? - did trial judge err in applying concept of confirmatory evidence - Did trial judge err in that capacity to testify under s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* involves more than a formal acknowledgment of the importance of telling the truth.

**PROCEDURAL HISTORY**

September 24, 1992  
Court of Queen's Bench  
(Hirschfield J.)

Convictions: sexual intercourse with a female person under fourteen years of age; attempting to obstruct justice and breach of recognizance

June 11, 1993  
Court of Appeal of Manitoba  
(Twaddle, Lyon and Kroft JJ.A.)

Appeal dismissed

September 23, 1993  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

---

**Meyer Michel Marciano**

**v. (23719)**

**Belle Freda Millo (formerly Marciano) (Man.)**

**NATURE OF THE CASE**

Family law - Custody and access - Costs - Applicant denied access to children - Whether best interests test is applicable to access decision - Whether best interests of children are met by denying Applicant access - Did Court of Appeal err in making decision without regard to compelling evidence - Did Court of Appeal err in award of costs.

**PROCEDURAL HISTORY**

October 22, 1992 Court of Queen's Bench, Family Division (Dureault J.)	Custody of children awarded to Respondent; Applicant denied access
November 2, 1992 Court of Queen's Bench, Family Division (Dureault J.)	Each party ordered to bear own costs
May 17, 1993 Court of Appeal of Manitoba (Scott C.J.M. and Huband and Twaddle JJ.A.)	Appeal dismissed; Cross-appeal on issue of costs allowed
September 15, 1993 Supreme Court of Canada	Application for leave to appeal filed

---

**CORAM: LA FOREST, CORY AND IACOBUCCI JJ. /  
LES JUGES LA FOREST, CORY ET IACOBUCCI**

**Her Majesty the Queen**

**v. (23722)**

**Gregory Donald MacLeod (Crim.)(N.S.)**

**NATURE OF THE CASE**

Criminal law - Procedural law - Statutes - Interpretation - Appeals - Respondent acquitted on charge of sexual assault - Whether the Court of Appeal erred in refusing to order a new trial by imposing on the Applicant a burden of persuasion inconsistent with the applicable test for review under s. 686(4) of the *Criminal Code*.

**PROCEDURAL HISTORY**

September 11, 1992 Supreme Court of Nova Scotia (Gruchy J.)	Respondent acquitted on charge of sexual assault
May 25, 1993 Court of Appeal for Nova Scotia (Clarke C.J.A., Matthews and Chipman JJ.A.)	Appeal from acquittal dismissed
September 24, 1993 Supreme Court of Canada	Application for leave to appeal filed

---

**Stephan Mills**

v. (23728)

**Her Majesty the Queen (Crim.)(Ont.)**

**NATURE OF THE CASE**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms* - Criminal law - Evidence - Section 10(b) right to retain and instruct counsel - Reference to the existence and availability of duty counsel and Legal Aid - Interpretation of *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190 - Whether the Court of Appeal erred in finding that the information given to a detainee need not include a reference to the toll-free number and immediate free access to legal advice - Whether the Court of Appeal erred in holding no infringement of s. 10(b) where the accused indicates his inability to afford a lawyer and where the accused is not told of the availability of free duty counsel whether the breathalyzer evidence should have been excluded under s. 24(2) - Whether the Court of Appeal erred in finding that the respect for the administration of justice would best be served by the admission of the breathalyzer evidence.

**PROCEDURAL HISTORY**

May 27, 1992 Ontario Court (Provincial Division) (Waldman J.)	Conviction: driving over .80 contrary to s. 253() of the <i>Criminal Code</i>
November 3, 1992 Ontario Court (General Division) (Paisley J.)	Appeal dismissed
May 28, 1993 Ontario Court of Appeal (Grange, Finlayson and McKinlay JJ.A.)	Appeal dismissed
September 27, 1993 Supreme Court of Canada	Application for leave to appeal filed

---

**Eric Ralph Biddle**

v. (23734)

**Her Majesty the Queen (Crim.)(Ont.)**

**NATURE OF THE CASE**

Criminal law - Pre-trial procedure - Jury selection - Selection of all-female jury - Operative jury selection provisions of the *Criminal Code* predating *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91 - Whether the Court of Appeal erred in holding that the use by the Crown of its stand-aside power to tailor the jury did not constitute an abuse of the jury selection process or create a reasonable apprehension of partiality - Interpretation of *R. v. Bain*.

**PROCEDURAL HISTORY**

April 25, 1988 District Court of Ontario (Sheard J.)	Conviction: 2 counts of assault causing bodily harm; 2 counts of choking with intent to commit an indictable offence
--	---

August 16, 1993  
Court of Appeal for Ontario  
(Osborne, Doherty and Austin JJ.A.)

Appeal dismissed

September 30, 1993  
Supreme Court of Canada

Application for leave to appeal filed

---

**CORAM: L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA AND GONTHIER JJ. /  
LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA ET GONTHIER**

**Gilles Bazinet**

**c. (23714)**

**Sa Majesté La Reine (Crim.)(Qué.)**

**NATURE DE LA CAUSE**

Droit criminel - Infractions - Preuve - Le juge du procès a-t-il erré en droit en décidant que le témoignage d'un témoin constituait une "déclaration antérieure" du demandeur, au sens de l'article 11 de la Loi sur la preuve, et était ainsi admissible afin de contre-interroger le demandeur? - Le juge du procès a-t-il erré en droit quand, pour décider de la crédibilité du demandeur, il s'est imposé le devoir de choisir entre la version du témoin et celle du demandeur? - Le juge du procès a-t-il erré en trouvant le demandeur coupable d'une infraction dont il n'était pas accusé et dont l'*actus reus* n'a pas été prouvé?

**HISTORIQUE PROCÉDURAL**

Le 15 août 1991  
Cour du Québec (Chambre  
criminelle)  
(Dubé J.)

Déclaration de culpabilité: Extorsion

Le 12 mai 1993  
Cour d'appel du Québec  
(Tyndale, Brossard et  
Rousseau-Houle, JJ.C.A.)

Appel rejeté

Le 10 septembre 1993  
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée

---

**Mounif El-Zein**

**c. (23691)**

**Sa Majesté la Reine (Crim.)(Qué.)**

**NATURE DE LA CAUSE**

Droit criminel - Stupéfiants - Preuve - Police - Écoute électronique - Provocation policière -La Cour d'appel a-t-elle erré en rejetant l'appel interjeté par le demandeur? - *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903 - *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

**HISTORIQUE PROCÉDURAL**

Le 30 janvier 1990  
Cour du Québec, chambre  
criminelle et pénale  
(Girouard j.c.q.)

Demandeur reconnu coupable de complot pour  
trafic de cocaïne et de trafic de cocaïne

Le 3 mai 1993  
Cour d'appel du Québec  
(Rothman, Tourigny et Chevalier, jj.c.a.)

Appel rejeté

Le 31 août 1993  
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée

---

**William Greer**

**c. (23724)**

**La Commission nationale des libérations conditionnelles,  
Keith Morgan et Michel Frappier**

**et**

**Fred Gibson et le Procureur général du Canada (Ont.)**

**NATURE DE LA CAUSE**

Droit administratif - Législation - Brefs de prérogative - Extradition - Libération conditionnelle - Textes réglementaires - Interprétation - Droits acquis - "Droit naissant" - La Cour d'appel fédérale a-t-elle erré en décidant que l'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, ne protège pas les droits en voie d'établissement imminent et inévitable, mais uniquement les droits dont les conditions préalables ont été satisfaites et qui correspondent à une obligation corrélative d'agir au moment de l'abrogation d'une loi? -La Cour d'appel fédérale a-t-elle erré en décidant que l'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation* ne constitue pas une disposition curative qui protège les droits en voie d'établissement imminent et inévitable dans les cas de force majeure où le demandeur a été empêché de satisfaire avant l'abrogation de la loi aux conditions préalables du droit invoqué?



**HISTORIQUE PROCÉDURAL**

Le 14 mai 1993  
Cour fédérale, Section de  
première instance (Dubé J.)

Demande d'un bref de *mandamus* assorti d'un bref  
de *certiorari* ancillaire accueillie

Le 23 août 1993  
Cour d'appel fédérale  
(Mahoney, MacGuigan [dissident]  
et Létourneau J.J.A.)

Appel des intimés accueilli

Le 24 septembre 1993  
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée

---

**Steve Hutchins**

**c. (23725)**

**La Commission nationale des libérations conditionnelles,  
Keith Morgan et Michel Frappier**

**et**

**Fred Gibson et le Procureur général du Canada (Ont.)**

**NATURE DE LA CAUSE**

Droit administratif - Législation - Brefs de prérogative - Extradition - Libération conditionnelle - Textes réglementaires - Interprétation - Droits acquis - "Droit naissant" - La Cour d'appel fédérale a-t-elle erré en décidant que l'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, ne protège pas les droits en voie d'établissement imminent et inévitable, mais uniquement les droits dont les conditions préalables ont été satisfaites et qui correspondent à une obligation corrélative d'agir au moment de l'abrogation d'une loi? - La Cour d'appel fédérale a-t-elle erré en décidant que l'alinéa 43c) de la *Loi d'interprétation* ne constitue pas une disposition curative qui protège les droits en voie d'établissement imminent et inévitable dans les cas de force majeure où le demandeur a été empêché de satisfaire avant l'abrogation de la loi aux conditions préalables du droit invoqué?

**HISTORIQUE PROCÉDURAL**

Le 14 mai 1993  
Cour fédérale, Section de  
première instance (Dubé J.)

Demande d'un bref de *mandamus* assorti d'un bref  
de *certiorari* ancillaire accueillie

Le 7 juillet 1993  
Cour d'appel fédérale  
(Mahoney, MacGuigan [dissident]  
et Létourneau J.J.A.)

Appel des intimés accueilli

Le 24 septembre 1993  
Cour suprême du Canada

Demande d'autorisation d'appel déposée

**JUDGMENTS ON APPLICATIONS  
FOR LEAVE**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES  
DEMANDES D'AUTORISATION**

---

**OCTOBER 21, 1993 / LE 21 OCTOBRE 1993**

**23627 CRESTBROOK FOREST INDUSTRIES LIMITED v. HER MAJESTY THE QUEEN (F.C.A.)**

CORAM: The Chief Justice and McLachlin and Major JJ.

The application for leave to appeal is dismissed.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée.

**NATURE OF THE CASE**

Procedural law - Commercial law - Pre-trial procedure - Company law - Agency - Applicant entering into joint venture agreement and pulp sales agreement with two Japanese companies which became its principal shareholders - Minister of National Revenue reassessing Applicant's income from proceeds of pulp sales by amount of discounts claimed by the Applicant and for withholding tax - Applicant appealing Revenue Canada's decision - Applicant unable to answer 22 questions during examination for discovery - Federal Court, Trial Division, allowing in part Respondent's application for an order compelling the Applicant to answer the questions and ordering that 3 questions be answered - Federal Court, Trial Division, dismissing Respondent's appeal and allowing Applicant's cross-appeal - Whether the Federal Court of Appeal erred in deciding that the Applicant was compelled to obtain answers from its shareholders in the course of an examination for discovery and in ordering that, if the Applicant failed to provide answers to the questions within the time specified by the Court, the Applicant's statement of claim should be struck out and the action dismissed.

---

**23693 PETER FREDERICK JOHN HOGBEN - v. - HER MAJESTY THE QUEEN (Crim.) (B.C.)**

CORAM: The Chief Justice and McLachlin and Major JJ.

The application for extension of time is granted. The application for leave to appeal is dismissed.

La demande de prorogation de délai est autorisée. La demande d'autorisation d'appel est rejetée.

**NATURE OF THE CASE**

Criminal law - *Canadian Charter of Rights and Freedoms* - Procedural law - Appeals - Evidence - Second degree murder - Statements given by the Applicant to the police ruled admissible as evidence - Whether the Court of Appeal erred in failing to exclude the Applicant's oral statements to the police before his arrest pursuant to ss. 10(b) and 24(2) of the *Charter* - Whether the Court of Appeal erred in ruling that the Applicant's written statement was not obtained by threats and inducements and in failing to rule the statement inadmissible - Whether the Court of Appeal erred in failing to order a new trial.

**23687**GLENN IVOR JONES - v. - HER MAJESTY THE QUEEN (Crim.) (Sask.)

CORAM:The Chief Justice and McLachlin and Major JJ.

The application for extension of time is granted. The application for appointment of counsel and the application for leave to appeal are dismissed.

La demande de prorogation de délai est autorisée. La demande de nomination d'un avocat et la demande d'autorisation d'appel sont rejetées.

**NATURE OF THE CASE**

Criminal law - *Canadian Charter of Rights and Freedoms* - Narcotics - Food and drugs - Police - Evidence - Defence - Entrapment - Whether there is any evidence of entrapment - Whether the Applicant's rights under ss. 11(g) and 24(2) of the *Charter* were infringed.

---

**23225**BARRY NEABLE, WAGIH SHAHEED and THE ESTATE OF DUKE CLUNAS v. PAUL MARTIN, STEVEN ANDREW MARTIN, by his Next Friend PAUL MARTIN, SANDRA MARTIN, STACEY MARTIN and CHRISTINE MARTIN, by their Next Friend PAUL MARTIN - and - LISTOWEL MEMORIAL HOSPITAL (Ont.)

CORAM:La Forest, Sopinka and Cory JJ.

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens.

**NATURE OF THE CASE**

Procedural law - Limitation periods - Infant Respondent suffering injuries, allegedly as a result of the Applicants and others - Infant suing through his next friend - Respondents obtaining order to add Applicant physicians as defendants six years after action against hospital was commenced - Role of litigation guardian - Effect of appointment of litigation guardian on limitation period.

---

---

**23246DR. B. LECKIE and DR. P. HARLAND v. KATHLEEN SWAIN and NORMAN COULTER, Administrators of the Estate of PHYLLIS CAROL SWAIN, Deceased, SHANTELL PHILIP SWAIN, by his Litigation Guardian KATHLEEN SWAIN, ALBERT DAVID SNEAKY, KATHLEEN SWAIN, ISAAC KABESTRA, ANDY KEEWATIN and NORA SNEAKY - and - LAKE OF THE WOODS DISTRICT HOSPITAL (Ont.)**

CORAM:La Forest, Sopinka and Cory JJ.

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens.

**NATURE OF THE CASE**

Procedural law - Limitation periods - Is there a common law discretion which allows a court to add a defendant to an action which is statute barred on the basis of special circumstances? - Does this discretion extend to claimants under the *Family Law Act*?

---

**23470SONIA SCURFIELD v. CARIBOO HELICOPTER SKIING LTD. and ERICH SCHADINGER (B.C.)**

CORAM:La Forest, Cory and Iacobucci JJ.

The application for leave to appeal is dismissed with costs.

La demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens.

**NATURE OF THE CASE**

Torts - Negligence - Apportionment of fault - Whether the Court of Appeal erred in dismissing the action of the Plaintiff (Applicant) against the Defendants (Respondents) under the Family Compensation Act.

---

**23529YVON LEFEBVRE c. SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE L'ALBERTA (Alta.)**

CORAM: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier

La demande d'autorisation d'appel est rejetée sans dépens.

The application for leave to appeal is dismissed without costs.

---

**NATURE DE LA CAUSE**

*Charte canadienne des droits et libertés* - Droit constitutionnel - Législation - Interprétation - Procédure - Appel - Droits linguistiques - Le Parlement ou la législature de l'Alberta peuvent-ils abroger l'art. 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1886*, S.R.C. 1886, ch. 50, tel que modifié par S.C. 1891, ch. 22? - La *Charte* permet-elle l'abrogation de droits linguistiques acquis? - Le demandeur peut-il, à ce stade-ci des procédures, invoquer des arguments concernant l'application de la *Charte*? - *Loi linguistique*, S.A. 1988, ch. L-7.5 - *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234 - *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103.

---

**23588**RAPHAEL TOLÉDANO c. SA MAJESTÉ LA REINE (Crim.) (Qué.)

CORAM:Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier

La demande de prorogation de délai est accordée et la demande d'autorisation d'appel est rejetée.

The application for extension of time is granted and the application for leave to appeal is dismissed.

**NATURE DE LA CAUSE**

Droit criminel - Législation - Procédure - Preuve - Interprétation - Témoins - Déclaration antérieure incompatible - Requête pour permission d'interroger un témoin sur sa déclaration antérieure - Est-ce que la Cour d'appel a erré dans l'application des conditions de fond de l'article 9(2) de la *Loi sur la preuve* en statuant que la surprise ou l'absence de surprise n'est pas une condition de fond et que le témoignage qui disculpe l'accusé ou qui est défavorable à la partie qui l'a assigné n'est pas une condition de l'application de la mise en contradiction.

---

**REVISED / RÉVISÉ    OCTOBER 14, 1993 / LE 14 OCTOBRE 1993**

**23401**MURRAY WEBER v. ONTARIO HYDRO (Ont.)

CORAM:La Forest, Cory and Iacobucci JJ.

The application for leave to appeal and the application for leave to cross-appeal are granted.

La demande d'autorisation d'appel et la demande d'autorisation d'appel incident sont accordées.

**NATURE OF THE CASE:**

Labour law - *Canadian Charter of Rights and Freedoms* - Labour relations - Arbitration - Collective agreement - Jurisdiction - Whether the Court of Appeal erred in its interpretation and application of s. 45(1) of the *Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228* - Whether the Court of Appeal erred in holding that the existence of a collective agreement and the grievance procedure ousted the jurisdiction of the Court with respect to a tort action based on the same impugned conduct of the employer that gave rise to the grievance.

---

**MOTIONS**

**REQUÊTES**

14.10.1993

Before / Devant: LE REGISTRAIRE

**Requête en prorogation du délai de production du mémoire de l'intimée**

Sa Majesté La Reine

c. (23424)

Colette Pétel (Qué.)

**Motion to extend the time in which to file the respondent's factum**

Avec le consentement des parties.

**ACCORDÉE / GRANTED** Délai prorogé au 13 octobre 1993.

---

14.10.1993

Before / Devant: THE REGISTRAR

**Motion to extend the time in which to serve and file the respondent's response**

Brian Gibney

v. (23159)

Douglas Mercer Gilliland et al. (B.C.)

**Requête en prorogation du délai de signification et de production de la réponse de l'intimé**

With the consent of the parties.

**GRANTED / ACCORDÉE** Time extended to October 15, 1993.

---

15.10.1993

Before / Devant: THE REGISTRAR

**Motion to file a case on appeal in its present form**

Alexander Lee Dickson

v. (23580)

Her Majesty The Queen (Y.T.)

**Requête en production du dossier d'appel dans sa forme actuelle**

With the consent of the parties.

**GRANTED / ACCORDÉE**

---

18.10.1993

Before / Devant: THE REGISTRAR

**Motion to extend the time in which to serve and file the respondents' factum**

**Requête en prorogation du délai de signification et de production du mémoire des intimés**

Canadian Broadcasting Corporation

v. (23142)

Canada Labour Relations Board et al. (F.C.A.)

**GRANTED / ACCORDÉE** Time extended to October 8, 1993.

18.10.1993

Before / Devant: THE CHIEF JUSTICE LAMER

**Motion to state a constitutional question**

**Requête pour énoncer une question constitutionnelle**

Her Majesty The Queen

v. (23384)

Robert Lorne Heywood (B.C.)

With the consent of the parties.

**GRANTED / ACCORDÉE**

1. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé?

1. Does s. 179(1)*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

2. If the answer to question 1 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

3. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11*d*) de la *Charte* garantit à l'intimé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi?

3. Does s. 179(1)*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to be presumed innocent until proven guilty according to law as guaranteed by s. 11*d*) of the *Charter*?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

4. If the answer to question 3 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

5. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, que l'art. 12 de la *Charte* garantit à l'intimé?

6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

7. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, que l'art. 9 de la *Charte* garantit à l'intimé?

8. Si la réponse à la septième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

9. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11*h*) de la *Charte* garantit à l'intimé de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni?

10. Si la réponse à la neuvième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

5. Does s. 179(1)*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment as guaranteed by s. 12 of the *Charter*?

6. If the answer to question 5 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

7. Does s. 179(1)*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be arbitrarily detained or imprisoned as guaranteed by s. 9 of the *Charter*?

8. If the answer to question 7 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

9. Does s. 179(1)*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again, as guaranteed by s. 11*(h)* of the *Charter*?

10. If the answer to question 9 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?



18.10.1993

Before / Devant: LE REGISTRAIRE

**Requête en prorogation du délai en acceptation d'un mémoire de demande d'autorisation de plus de 20 pages**

Gilles Bazinet

c. (23714)

Sa Majesté La Reine (Qué.)

**Motion to extend the time for acceptance of memorandum of argument on leave to appeal over 20 pages**

Avec le consentement des parties.

**ACCORDÉE / GRANTED**

---

19.10. 1993

Before / Devant: LE REGISTRAIRE

**Requête en prorogation du délai de production du mémoire de l'intimée**

Joseph Mercier Remy

c. (23648)

Sa Majesté La Reine (Qué.)

**Motion to extend the time in which to file the respondent's factum**

Avec le consentement des parties.

**ACCORDÉE / GRANTED** Délai prorogé au 22 septembre 1993.

---

19.10.1993

Before / Devant: THE CHIEF JUSTICE LAMER

**Motion to adduce further evidence**

Arturo Nuosci

v. (23232)

Her Majesty The Queen (Ont.)

**Requête pour produire d'autres éléments de preuve**

**ADJOURNED / AJOURNÉE**

---

19.10.1993

Before / Devant: THE CHIEF JUSTICE LAMER

**Motion to state a constitutional question**

**Requête pour énoncer une question constitutionnelle**

George Henry Howard

v. (22999)

Her Majesty The Queen (Ont.)

**GRANTED / ACCORDÉE**

If the appellant has an existing right to fish within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, is s. 5(1)(b) of the Ontario Fishery Regulations inapplicable to him by virtue of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Si l'appelant jouit d'un droit existant à la pêche au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'al. 5(1)(b) des Ontario Fishery Regulations est-il inapplicable dans son cas aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

19.10.1993

Before / Devant: IACOBUCCI J.

**Motion to extend the time in which to abridge leave to intervene and motion for leave to intervene**

**Requête en prorogation du délai pour abréger l'autorisation d'intervention et demande d'autorisation d'intervention**

BY/PAR:Attorney General of Ontario

Robert Houston, Q.C., for the motion.

IN/DANS:Patrick Owen Swinamer

Henry S. Brown, Q.C., contra.

v. (22915)

Attorney General of Nova Scotia (N.S.)

Consents filed by the respondents.

and between

Montague Brown

v. (22946)

Her Majesty The Queen (B.C.)

**DISMISSED / REJETÉES**

20.10.1993

---

Before / Devant: IACOBUCCI J.

**Motion for leave to intervene****Requête en autorisation d'intervention**

BY/PAR:Canadian Association of Journalists

IN/DANS:Canadian Broadcasting Corporation

v. (23403)

Lucien Dagenais et al. (Ont.)

**GRANTED / ACCORDÉE**

---

21.10.1993

Before / Devant: LE JUGE IACOBUCCI

**Requête en autorisation d'intervention****Motion for leave to intervene**

BY/PAR:Edmonton Telephones Corp. et Public  
Utilities Commission of Cochrane  
et al.

IN/DANS:Attorney General of Québec et al.

c. (23345)

Téléphone Guèvremont Inc. et al. (Qué.)

**GRANTED / ACCORDÉE**

---

---

21.10.1993

Before / Devant: IACOBUCCI J.

**Other motions**

**Autres requêtes**

Her Majesty The Queen

v. (23059 - 61- 26)

Leonard Farinacci, Kenneth Jeffries and Yves Lépine  
(Ont.)

**GRANTED / ACCORDÉE**

- 1)the Sheriff of the Municipality of Metropolitan Toronto at 361 University Avenue, Toronto, deliver into the custody of Sgt. Gary Carter of the Metropolitan Toronto Police Force the nine packages containing materials relevant to the authorized interception of the private communications of the respondents, all of which are being kept in the Sheriff's Office in a box labelled "H-16";
- 2)that Sgt. Carter deliver the aforesaid packages to the office of the Clerk of Process of this Honourable Court;
- 3)that the Clerk of Process retain the packages in a secure place, under seal and inaccessible to members of the public unless and until the packages are ordered to be produced before this Court.

**NOTICES OF APPEAL FILED SINCE  
LAST ISSUE**

13.10.1993

**Kenneth Bartle**

v. (23623)

**Her Majesty The Queen (Crim.)(Ont.)**

---

14.10.1993

**Her Majesty The Queen**

v. (23747)

**Josh Randall Borden (Crim.)(N.S.)**

**AS OF RIGHT**

---

15.10.1993

**Earl Hugh Giesbrecht**

v. (23586)

**NOTICES OF INTERVENTION  
FILED SINCE LAST ISSUE**

---

BY/PAR: Canadian Association of Journalists

IN/DANS: **Canadian Broadcasting Corporation et al.**

v. (23403)

**Lucien Dagenais et al. (Ont.)**

---

**AVIS D'APPEL PRODUITS DEPUIS  
LA DERNIÈRE PARUTION**

---

**Her Majesty The Queen (Crim.)(Man.)**

---

19.10.1993

**Doug Stevenson**

v. (23478)

**Her Majesty The Queen (Crim.)(Alta.)**

**AS OF RIGHT**

---

14.10.1993

**Richard Pizzardi**

v. (23760)

**Her Majesty The Queen (Crim.)(Ont.)**

**AS OF RIGHT**

---

**AVIS D'INTERVENTION PRODUITS  
DEPUIS LA DERNIÈRE PARUTION**

---

**NOTICES OF DISCONTINUANCE  
FILED SINCE LAST ISSUE**

**AVIS DE DÉSISTEMENT PRODUITS  
DEPUIS LA DERNIÈRE PARUTION**

---

21.10.1993

**Pinehouse Plaza Pharmacy Ltd.**

v. (22325)

**Her Majesty the Queen (Sask.)**

(motion)

---

**APPEALS HEARD SINCE LAST ISSUE  
AND DISPOSITION**

**APPELS ENTENDUS DEPUIS LA  
DERNIÈRE PARUTION ET  
RÉSULTAT**

---

15.10.1993

CORAM:La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

**Roger Cornelius Russell Yorke**

Patrick J. Duncan, for the appellant.

**v. (23359)**

**Her Majesty The Queen (Crim.)(N.S.)**

David M. Meadows, for the respondent.

LA FOREST J. (orally for the Court) -- This is an appeal as of right.

LE JUGE LA FOREST (oralement au nom de la Cour) -- Le présent pourvoi est formé de plein droit.

We find no error in the reasons of the Court of Appeal. As to the additional point, the majority (Justices La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin) is of the view that, on the whole, the search and the manner in which it was conducted were not unreasonable. Justice Iacobucci, dissenting, agrees with the conclusion of the trial judge that the manner in which the search was conducted was unreasonable and that, applying the factors relevant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the evidence should be excluded.

Nous sommes d'avis qu'il n'y a aucune erreur dans les motifs de la Cour d'appel. Quant au point additionnel, la Cour à la majorité (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin) estime que, dans l'ensemble, la perquisition et la manière dont elle a été effectuée n'étaient pas abusives. Le juge Iacobucci, dissident, souscrit à la conclusion du juge du procès que la manière dont la perquisition a été effectuée était abusive et qu'en appliquant les facteurs pertinents quant au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il y a lieu d'exclure la preuve.

The appeal is accordingly dismissed, Iacobucci J. dissenting.

Le pourvoi est donc rejeté, le juge Iacobucci étant dissident.

---

15.10.1993

CORAM:La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

**Robert Ambrosio San Vicente Freitas**

Brian H. Greenspan, for the appellant.

**v. (23396)**

**Her Majesty The Queen (Crim.)(N.B.)**

Graham J. Sleeth, Q.C., for the respondent.

LA FOREST J. (orally for the Court) -- Notwithstanding the able argument of counsel for the appellant, we are all of the view that the trial judge's conclusions as to guilt operate independently of his discussion of the adverse inference. The trial judge makes it abundantly clear that the Crown has proved its case and that the story proffered by the defendant is

LE JUGE LA FOREST (oralement au nom de la Cour) -- Malgré la savante argumentation de l'avocat de l'appelant, nous sommes tous d'avis que les conclusions du juge du procès quant à la culpabilité sont tirées de façon indépendante de son analyse de l'inférence défavorable. Selon le juge du procès, il est tout à fait clair que le ministère public a prouvé

APPEALS HEARD SINCE LAST ISSUE AND  
DISPOSITION

APPELS ENTENDUS DEPUIS LA DERNIÈRE  
PARUTION ET RÉSULTAT

---

completely unbelievable. The discussion of the adverse inference is, in essence, made as an afterthought. It is, therefore, not necessary to deal with the issue of drawing an adverse inference from the failure to call evidence.

The appeal is accordingly dismissed.

ses prétentions et que l'histoire présentée par le défendeur est tout à fait invraisemblable. L'analyse sur l'inférence défavorable est, pour l'essentiel, faite après coup. Il n'est donc pas nécessaire de traiter de la question d'une inférence défavorable pouvant être tirée du fait de ne pas avoir présenté une preuve.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

---



**PRONOUNCEMENTS OF APPEALS  
RESERVED**

**JUGEMENTS RENDUS SUR LES  
APPELS EN DÉLIBÉRÉ**

**Reasons for judgment are available**

**Les motifs de jugement sont disponibles**

---

**OCTOBER 21, 1993 / LE 21 OCTOBRE 1993**

**22296 D.P. c. C.S. et LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO, LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA, LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE et L'ÉGLISE ADVENTISTE DU SEPTIÈME JOUR AU CANADA** (Qué.)

**CORAM:** Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci

Le pourvoi est rejeté avec dépens dans toutes les cours. Les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Les articles 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada*, qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent être prises «dans l'intérêt de l'enfant», portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis aux al. 2a), b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné la réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les articles 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* violent-ils les garanties d'égalité énoncées à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné la réponse à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

The appeal is dismissed with costs throughout, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

The constitutional questions are answered as follows:

1. Do articles 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provide that judicial decisions regarding custody and access be made "in the interest of the child" deny the rights and freedoms guaranteed in s. 2(a), (b), and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2.If the answer to question 1 is affirmative, are arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given the answer to question 1, there is no need to answer this question.

3.Do articles 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* violate the guarantees to equality set out in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4.If the answer to question 3 is affirmative, are arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given the answer to question 3 there is no need to answer this question.

---

**22227 IRENE HELEN YOUNG - v. - JAMES KAM CHEN YOUNG - and - W. GLEN HOW - and - WATCH TOWER BIBLE AND TRACT SOCIETY OF CANADA - and - THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA, THE ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC, THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA, THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA, THE LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA and THE SEVENTH-DAY ADVENTIST CHURCH IN CANADA (B.C.)**

CORAM: La Forest and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

The appeal is allowed in part. The order of the Court of Appeal is affirmed, except in respect of the matrimonial home, which should be transferred to Mrs. Young. It is ordered that each party bear his or her own costs in this appeal. La Forest and Gonthier JJ. dissenting in part, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

The constitutional questions are answered as follows:

1.Do ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, which provide that judicial decisions regarding custody and access be made "in the best interests of the child", deny the rights and freedoms guaranteed in s. 2(a), (b) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2.If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: This question does not arise.

Le pourvoi est accueilli en partie. L'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée, sauf pour ce qui est du foyer conjugal, qui est transféré à M<sup>me</sup> Young. Il est ordonné que chaque partie paie ses dépens dans le présent pourvoi. Les juges La Forest et Gonthier sont dissidents en partie, et le juge L'Heureux-Dubé est dissident.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce*, qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent «tenir compte de l'intérêt de l'enfant», portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis aux al. 2a), b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

---

**22556HY AND ZEL'S INC., ET AL. v. THE ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO - and between - PAUL MAGDER FURS LIMITED, ET AL. v. THE ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO** (Ont.)

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

The appeals are dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Les pourvois sont rejetés. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents.

---

**21429CANADA LABOUR RELATIONS BOARD v. QUÉBÉCAIR - AIR QUÉBEC, et al. - and - CANADIAN AIR LINE PILOTS ASSOCIATION, et al. and CPAL-MEC - and - THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA AND BETWEEN CANADA LABOUR RELATIONS BOARD v. CANADIAN PACIFIC AIR LINES LIMITED, et al. - and - CANADIAN AIR LINE PILOTS ASSOCIATION, et al. and CPAL-MEC - and - THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA AND BETWEEN CANADA LABOUR RELATIONS BOARD v. NOLISAIR INTERNATIONAL INC. (NATIONAIR) - and - CANADIAN AIR LINE PILOTS ASSOCIATION, et al. and CPAL-MEC - and - THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA** (F.C.A.) (Que.)

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ.

The appeal is dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

L'appel est rejeté. Le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

---

**22592CLIVE DOUGLAS EVANS v. HER MAJESTY THE QUEEN** (Crim.) (Alta.)

CORAM: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is dismissed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Le pourvoi est rejeté, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

---

**22483**WILFRED WAYNE DERSCH v. HER MAJESTY THE QUEEN (Crim.) (B.C.)

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

---

The appeal is allowed, acquittals are entered on the care and control charges, and a new trial is ordered on the criminal negligence charges.

Le pourvoi est accueilli, des verdicts d'acquiescement sont inscrits relativement aux accusations de garde et de contrôle, et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée quant aux accusations de négligence criminelle.

---

**22783**KENNETH JAY FELAWKA v. HER MAJESTY THE QUEEN (Crim.) (B.C.)

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

---

The appeal is dismissed, Lamer C.J., Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

L'appel est rejeté. Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

---

**22416**ROSS VALLIANT v. AIR CANADA (Ont.)

CORAM: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

The appeal is dismissed with costs.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

---

---

**22940 DEBRA MARQUARD v. HER MAJESTY THE QUEEN** (Crim.) (Ont.)

CORAM: The Chief Justice and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

---

The appeal is allowed, the conviction is quashed and a new trial is directed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné. Le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

## HEADNOTES OF RECENT JUDGMENTS

## SOMMAIRES DE JUGEMENTS RÉCENTS

---

*D.P. v. C.S. (Qué.)*(22296)

Indexed as: *P. (D.) v. S. (C.)* / Répertoire: *P. (D.) c. S. (C.)*

Jugement rendu le 21 octobre 1993 / Judgment rendered October 21, 1993

---

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

*Family law -- Custody -- Access rights -- Variation -- Interest of child -- Conflict between parents concerning religious education of their 3-1/2- year-old child -- Court order prohibiting father from continually indoctrinating child in Jehovah's Witnesses' religion and involving her in their activities -- Whether child's interest is test applicable to access rights -- Civil Code of Lower Canada, art. 30.*

*Constitutional law -- Charter of Rights -- Application -- Judiciary -- Family law dispute -- Court order prohibiting father from continually indoctrinating child in Jehovah's Witnesses' religion and involving her in their activities -- Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to court order in family law matter -- If so, whether order infringes ss. 2(a), (b), (d) and 15(1) of Charter -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.*

*Constitutional law -- Charter of Rights -- Reasonable limits -- Vagueness -- Criterion of child's best interests in family law -- Whether criterion discriminatory and vague within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Civil Code of Lower Canada, art. 30.*

*Constitutional law -- Charter of Rights -- Fundamental justice -- Vagueness -- Criterion of child's best interests in family law -- Whether criterion discretionary and vague within meaning of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms -- Civil Code of Lower Canada, art. 30.*

After three years of cohabitation, the parties ceased living together and agreed in writing that the respondent would have legal custody of their child and that the appellant would exercise access rights. This agreement was ratified by judgment of the Superior Court. Relations between the parties deteriorated when the appellant began practising the Jehovah Witness religion. The respondent, a Roman Catholic, objected to the fact that, on such visits, the appellant would indoctrinate the child, who was 3½ years old at the time, and that he was not respecting the terms of the agreement. The appellant made a motion to the Superior Court to set aside the agreement and asking for the child's custody or, alternatively, greater access rights. The court dismissed the motion and allowed the respondent's contestation. The judge indicated that the applicable criterion was that of the child's best interest. He expressed the view that although the parents have complete freedom of religion, the courts may intervene when the religious practices of parents are harmful to the child's best interests. He noted that when parents follow different religious practices, religious education is, in principle, the responsibility of the parent having legal custody. The judge noted that, on the evidence, the main problem for the child resulted from the appellant's religious fanaticism and that such fanaticism disturbed the child. He concluded that her best interests required that such excesses should cease and made the exercise of the appellant's access rights subject to the following restrictions: the appellant may teach the child the Jehovah's Witness religion but does not have the right to indoctrinate her continually with the precepts and religious practices of Jehovah's Witnesses, and he may not take the child to Jehovah's Witness demonstrations, ceremonies or conferences or to do door-to-door preaching until the child is capable of deciding which religion she wishes to adopt. The Court of Appeal, in a majority judgment, upheld this judgment.

*Held* (Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The sole criterion applicable in matters of custody and access is that of the child's best interests provided for, in this context, in art. 30 *C.C.L.C.* The child should be at the centre of the courts' concerns as it is the child's rights which are at issue, not those of the parents. The criterion of the child's best interests does not simply mean that the child must not suffer harm. Rather it means that the child is entitled to the best possible conditions in order to protect its best interests, taking into account the circumstances of the child and its parents and factors set out in art. 30 or resulting therefrom. Subject to the child's best interests, the right of custody includes generally the right to decide the child's religious education, until he or she is in a position to make his or her own choice.

---

The non-custodial parent continues to be vested with parental authority and he or she may exercise such attributes thereof as are not opposed to the exercise of custody by the custodial parent. It is therefore possible for the non-custodial parent, so long as he respects that limit, to give his child a religious education. Any agreement between the parties respecting access rights may be varied by the court if the child's interest so requires.

The criterion of the child's best interest set out in art. 30 *C.C.L.C.* confers a broad discretion on the courts. This does not mean, however, that it is contrary to the Constitution. The existence of a broad discretion is closely connected here with achieving the legislative objective of promoting the child's best interests. This criterion, which is universally recognized in modern family law, refers to the totality of the considerations relating to a child and is capable of application to the circumstances of each case. It is therefore not vague within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Nor is this criterion vague within the meaning of s. 7 of the *Charter* since it provides a sufficient guide and an adequate basis on which to found a judicial debate.

The order made by the trial judge does not infringe the freedom of religion, expression and association and the right to equality protected by the *Charter*. The *Charter* does not apply to private disputes between parents in a family context. Nor does it cover judicial orders made to resolve such disputes since, apart from exceptional circumstances, the judiciary is not covered by s. 32 of the *Charter*. In any case, even if the *Charter* applied, the order made by the trial judge does not infringe the provisions of the *Charter* invoked by the appellant, in particular the freedoms of religion and of expression. These freedoms, like any freedom, are not absolute and a court may impose limits on them when the best interests of the child so require.

There is no reason to interfere in this case. The trial judge made no error of principle or error in assessing the evidence and his order should be affirmed.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* The fundamental issue to be determined in cases involving custody or access is what the disposition of the case would be in the best interests of the child. Neither differences of opinion of parents regarding religious questions nor the frank discussion of their differing religious perceptions with the children will be automatically harmful. In fact it may often be beneficial. Here, the trial judge interpreted the evidence as demonstrating that the child was disturbed by the father's repeated references to his religious beliefs and imposed limitations on the father's access. The trial judge is in the best position to make the necessary findings on the issues of credibility and to assess evidence pertaining to the best interests of the child. He was aware of and applied the test of the best interests of the child and to that end imposed the two conditions upon visitation. These conditions are not so unreasonable as to require amendment.

*Per McLachlin J. (dissenting):* Articles 653 and 654 *C.C.Q.* and art. 30 *C.C.L.C.* affirm the "best interests of the child" standard. The same standard is found in ss. 16(8), 16(10) and 17(5) of the *Divorce Act*. These sections, and the standard, were considered in *Young* and the analysis of the constitutionality of the standard under that Act applies equally to these articles of the Civil Codes. The standard and these articles are constitutional and infringe no *Charter* rights.

The risk of harm to the child is an important factor in determining the best interests of the child where the issue is whether a parent can share his religious beliefs with his child. The trial judge erred, however, in inferring harm from the mere presence of conflict between the parents on religious questions, and concluding from this that restrictions were required in the best interests of the child. There was nothing in the evidence to suggest that the conflict between her parents' religious beliefs was creating any problems for the child or that the child would be adversely affected as a result of the father's activities or teaching. In the absence of evidence capable of outweighing the benefit of full and free access, the court should not have interfered with the access parent's activities.

*Per Sopinka J. (dissenting):* Subject to the comments in *Young*, the reasons of McLachlin J. were agreed with.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 306 (*sub nom. Droit de la famille -- 1150*), affirming a judgment of the Superior Court, [1988] R.D.F. 40. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

*W. Glen How, Q.C., and Daniel G. Pole, for the appellant.*

*Isabelle Michaud, for the respondent.*

*Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General of Ontario.*

*Monique Rousseau and Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.*

*Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.*

*Written submissions only for the intervener the Attorney General of British Columbia.*

*Gerald D. Chipeur and Karnik Doukmetzian, for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada.*

*Solicitors for the appellant: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.*

*Solicitors for the respondent: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

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

*Solicitors for the intervener the Seventh-Day Adventist Church in Canada: Milner Fenerty, Edmonton.*

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

*Droit de la famille -- Droit de garde -- Droits de visite et de sortie -- Modification -- Intérêt de l'enfant -- Conflit entre les parents relativement à l'éducation religieuse de leur enfant âgée de trois ans -- Ordonnance du tribunal interdisant au père d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités -- Le critère de l'intérêt de l'enfant est-il le critère applicable en matière de droits de visite et de sortie -- Code civil du Bas-Canada, art. 30.*

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Application -- Pouvoir judiciaire -- Litige en droit de la famille -- Ordonnance du tribunal interdisant au père d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités -- La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale? -- Dans l'affirmative, cette ordonnance porte-t-elle atteinte aux art. 2a), b), d) et 15(1) de la Charte? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.*

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Limites raisonnables -- Imprécision -- Critère de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille -- Ce critère est-il discrétionnaire et imprécis au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés -- Code civil du Bas-Canada, art. 30.*

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Justice fondamentale -- Imprécision -- Critère de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille -- Ce critère est-il discrétionnaire et imprécis au sens de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés -- Code civil du Bas-Canada, art. 30.*



---

Après trois ans de cohabitation, les parties cessent de faire vie commune et conviennent par écrit que l'intimée aura la garde légale de leur enfant et que l'appelant exercera des droits de visite et de sortie. Cette convention est entérinée par un jugement de la Cour supérieure. Les relations entre les parties se détériorent lorsque l'appelant commence à pratiquer la religion des Témoins de Jéhovah. L'intimée, de religion catholique, lui reproche d'endoctriner l'enfant, alors âgée de trois ans et demi, lors de ces visites et de ne pas respecter les modalités de l'entente. L'appelant présente une requête en Cour supérieure et demande l'annulation de l'entente et la garde de l'enfant ou, subsidiairement, des droits de visite et de sortie plus étendus. La cour rejette la requête et accueille la contestation de l'intimée. Le juge rappelle que le critère applicable est celui du meilleur intérêt de l'enfant. Il souligne que les parents jouissent d'une entière liberté de religion, mais que les tribunaux peuvent intervenir lorsque leurs pratiques religieuses sont nuisibles au meilleur intérêt de l'enfant. Lorsque les parents adhèrent à des pratiques religieuses différentes, le juge note qu'en principe l'enseignement religieux relève généralement du parent qui a la garde légale. Le juge constate que, selon la preuve, le problème principal, quant à l'enfant, résulte du fanatisme religieux de l'appelant et que ce fanatisme perturbe l'enfant. Il conclut que son meilleur intérêt exige que ces abus cessent et impose à l'exercice des droits de visite et de sortie de l'appelant les restrictions suivantes: l'appelant peut enseigner à l'enfant la religion des Témoins de Jéhovah mais il n'a pas le droit de l'endoctriner continuellement avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jéhovah, et il ne peut pas amener l'enfant dans les démonstrations, cérémonies ou les congrès des Témoins de Jéhovah, ni de faire de la prédication de porte en porte, jusqu'à ce que l'enfant soit en mesure de choisir la religion qu'elle voudra suivre. La Cour d'appel à la majorité confirme ce jugement.

*Arrêt* (les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier*: Le seul critère applicable en matière de garde et de droits de visite et de sortie est celui du meilleur intérêt de l'enfant prévu, dans le présent contexte, à l'art. 30 *C.c.B.-C.* L'enfant doit être au centre des préoccupations des tribunaux car ce sont ses droits qui sont en jeu, et non pas ceux des parents. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant n'implique pas simplement que l'enfant ne doit pas subir de préjudice caractérisé. Ce critère signifie plutôt que l'enfant a droit aux meilleures conditions possibles en vue de son meilleur intérêt, compte tenu des circonstances dans lesquelles cet enfant et ses parents se trouvent, et des facteurs énumérés à l'art. 30 ou qui en découlent. Sous réserve du meilleur intérêt de l'enfant, le droit de garde comprend généralement le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant, jusqu'à ce que celui-ci soit en mesure de choisir lui-même. Le parent qui n'a pas la garde de l'enfant demeure investi de l'autorité parentale et il peut en exercer les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le parent gardien. Il est donc possible pour le parent non gardien, en autant qu'il respecte cette limite, de donner à son enfant une éducation de caractère religieux. Toute entente entre les parents relative au droit de visite et de sortie peut être modifiée par le tribunal si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 *C.c.B.-C.* confère une discrétion étendue aux tribunaux. Il n'est cependant pas, de ce fait, contraire à la Constitution. La présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. Ce critère, qui est universellement reconnu dans le droit de la famille moderne, se rapporte à l'ensemble des considérations relatives à l'enfant et il est susceptible d'application aux circonstances de chaque cas. Il n'est donc pas imprécis au sens de l'article premier de la *Charte*. Ce critère n'est pas non plus imprécis au sens de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'il constitue un guide suffisant et un fondement adéquat pour asseoir un débat judiciaire.

L'ordonnance du premier juge ne viole pas les libertés de religion, d'expression et d'association et le droit à l'égalité protégés par la *Charte*. La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. Elle ne s'applique pas non plus aux ordonnances judiciaires rendues afin de résoudre ces litiges puisque, sauf dans des circonstances exceptionnelles, le pouvoir judiciaire n'est pas visé par l'art. 32 de la *Charte*. De toute manière, même si la *Charte* s'appliquait, l'ordonnance rendue par le premier juge ne viole pas les dispositions de la *Charte* invoquées par l'appelant, en particulier les libertés de religion et d'expression. Ces libertés, comme toute liberté, ne sont pas absolues et un tribunal peut leur imposer des limites lorsque le meilleur intérêt de l'enfant l'exige.

---

En l'espèce, il n'y pas lieu d'intervenir. Le premier juge n'a pas commis d'erreur de principe ni d'erreur dans l'appréciation de la preuve et son ordonnance doit être confirmée.

*Les juges Cory et Iacobucci:* La question fondamentale dans les affaires de garde ou de droit de visite et de sortie est de savoir quelle solution sera dans l'intérêt de l'enfant. Ni les divergences d'opinions des parents sur les questions religieuses ni la franche discussion avec les enfants de leurs perceptions religieuses différentes ne seront automatiquement préjudiciables. En fait, elles peuvent souvent être avantageuses. En l'espèce, selon le juge de première instance, la preuve démontrait que l'enfant était perturbée par les références répétées de son père à ses croyances religieuses, et il a imposé des restrictions au droit de visite et de sortie du père. Le juge de première instance est le mieux placé pour rendre les décisions qui s'imposent sur les questions de crédibilité et pour évaluer la preuve relative à l'intérêt de l'enfant. Il était au courant du critère de l'intérêt de l'enfant, l'a appliqué et, à cette fin, a imposé les deux conditions aux visites. Ces conditions ne sont pas déraisonnables au point de nous amener à les modifier.

*Le juge McLachlin (dissidente):* Les articles 653 et 654 *C.c.Q.* et l'art. 30 *C.c.B.-C.* reconnaissent le critère de «l'intérêt de l'enfant». On trouve le même critère dans les par. 16(8), 16(10) et 17(5) de la *Loi sur le divorce*. Ces articles, et le critère, sont examinés dans l'arrêt *Young*, et l'analyse de la constitutionnalité du critère visé dans la *Loi* s'applique également aux articles du Code civil. Le critère et ces articles sont constitutionnels et ne portent atteinte à aucun droit inscrit dans la *Charte*.

Le risque de préjudice à l'enfant est un facteur important pour déterminer l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de savoir si un parent peut partager ses croyances religieuses avec son enfant. Le juge de première instance a commis une erreur, toutefois, lorsqu'il a déduit qu'il y avait préjudice de la simple existence d'un conflit entre les parents sur des questions religieuses et qu'il en a conclu qu'il y avait lieu d'imposer des restrictions dans l'intérêt de l'enfant. La preuve ne révèle nullement que le conflit entre les parents au sujet de leurs croyances religieuses créait des problèmes à l'enfant ou que les activités ou les enseignements du père pouvaient être néfastes pour l'enfant. En l'absence de preuve pouvant compenser l'avantage d'un droit de visite et de sortie libre et entier, la cour n'aurait pas dû se mêler des activités du parent ayant un droit de visite et de sortie.

*Le juge Sopinka (dissident):* Sous réserve des commentaires dans l'arrêt *Young*, les motifs du juge McLachlin sont acceptés.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 306 (*sub nom. Droit de la famille -- 1150*), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1988] R.D.F. 40. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

*W. Glen How, c.r., et Daniel G. Pole, pour l'appelant.*

*Isabelle Michaud, pour l'intimée.*

*Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Monique Rousseau et Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.*

Argumentation écrite seulement de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Gerald D. Chipeur et Karnik Doukmetzian, pour l'intervenant l'Église adventiste du septième jour au Canada.*

*Procureurs de l'appelant: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.*

*Procureurs de l'intimée: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

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

*Procureurs de l'intervenant l'Église adventiste du septième jour au Canada: Milner Fenerty, Edmonton.*

---

---

***Irene Helen Young v. James Kam Chen Young, et al (B.C.)(22227)***

**Indexed as: *Young v. Young* / Répertoire: *Young c. Young***

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

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

*Family law -- Custody -- Access -- Best interests of the child -- Access parent insisting on instructing children on religion -- Custodial parent and children objecting to religious instruction -- Court ordering that access parent discontinue religious activities with children -- Scope of "best interests of the child" -- Whether or not "best interests of child" equivalent of absence of harm -- Whether or not restriction on access in best interests of the children.*

*Family law -- Children -- Best interests of the child -- Access parent insisting on instructing children on religion -- Custodial parent and children objecting to religious instruction -- Court ordering that access parent discontinue religious activities with children -- Scope of "best interests of the child" -- Whether or not "best interests of child" equivalent of absence of harm -- Whether or not restriction on access in best interests of the children.*

*Family law -- Property and financial awards -- Lump sum payment -- Family debts -- Principles governing reallocation of property.*

*Constitutional law -- Charter of Rights -- Freedom of religion -- Freedom of expression -- Divorce Act requiring that orders concerning children only take into account "the best interests of the child" -- Access parent insisting on instructing children on religion -- Custodial parent and children objecting to religious instruction -- Court ordering that access parent discontinue religious activities with children -- Whether or not access restriction infringing freedom of religion -- Whether or not access restriction infringing freedom of expression -- Divorce Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, ss. 16(8), 17(5); Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), (b).*

*Courts -- Costs -- Principles governing awards of costs on solicitor and client basis.*

*Torts -- Maintenance -- Religious society carrying cost of action -- Common religious action -- Whether or not tort of maintenance.*

Appellant's and respondent's separation was marked by a protracted series of court battles. Appellant was awarded custody of the couple's three daughters and respondent was granted access subject to court imposed restrictions arising from appellant's objection to his religious activity with the children. Respondent was ordered not to discuss the Jehovah's Witness religion with the children, take them to any religious services, canvassing or meetings, or expose them to religious discussions with third parties without appellant's prior consent. Organized religion was not important to appellant although she wanted the children to be raised within the United Church.

The two older daughters liked their father but came to dislike his religious instruction to the extent that it was damaging his relationship with them and was contributing to the stress the children were experiencing in adjusting to their parent's separation.

The trial judge also made orders for the distribution of property and for costs. The respondent's interest in the matrimonial home was ordered transferred to the appellant because any remaining interest in the house, after respondent paid what was already owing to appellant, was to be transferred in the form of lump sum maintenance. Respondent was found responsible for debts incurred by the appellant for the support of herself and the children pending maintenance and for a debt made to a family corporation. Costs were awarded on a solicitor-client basis against respondent, his lawyer and a religious society not a party to the proceedings.

Respondent appealed. The Court of Appeal set aside the limitations on religious discussion and attendance, on the ground that it was in the best interests of the children that they come to know their non-custodial parent fully, including his religious beliefs, unless the evidence established the existence of or the potential for real harm or the child did not

---

consent to being subject to the access parent's views or practices. The Court of Appeal also altered the division of property and the awards of costs made by the trial judge. Appellant appealed these rulings to this Court.

Four constitutional questions queried (1) whether ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* (requiring that judicial decisions regarding custody and access be made "in the best interests of the child") denied the *Charter* guarantees of freedom of religion, of expression and of association (s. 2(a), (b), and (d)), and if so, (2) were they justified under s. 1; (3) whether ss. 16(8) and 17(5) violated the equality guarantee of the *Charter* (s. 15(1)), and (4) if so, were they justified under s. 1. The Court considered the requirements of the "best interests of the child" and whether this standard infringed the guarantees of freedom of religion and expression under the *Charter*. A main consideration was unrestricted access by a non-custodial parent and the conditions necessary to curtail that access.

*Held:* Sections 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* do not violate s. 2(a), (b) or (d) or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held* (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The restrictions on access should be removed.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The judgment dealing with property and financial matters and the award of costs should be varied.

#### Best Interest of the Child, Charter Considerations and Access

*Per L'Heureux-Dubé J.:* The power of the custodial parent is not a "right" with independent value granted by courts for the benefit of the parent. Rather, the child has a right to a parent who will look after his or her best interests and the custodial parent a duty to ensure, protect and promote the child's best interests. That duty includes the sole and primary responsibility to oversee all aspects of day to day life and longterm well-being, as well as major decisions with respect to education, religion, health and well-being. The non-custodial parent retains certain residual rights over the child as one of his or her two natural guardians.

Child placement decisions should safeguard the child's need for continuity of relationships, reflect the child's (not the adult's) sense of time, and take into account the law's inability to supervise interpersonal relationships and the limits of knowledge to make long-range predictions. This need for continuity generally requires that the custodial parent have the autonomy to raise the child as he or she sees fit without interference with that authority by the state or the non-custodial parent. A custody award is a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer. Courts cannot make the necessary day-to-day decisions which affect the best interests of the child. Once a court has determined who is the appropriate custodial parent, it must presume that that parent will act in the best interests of the child.

Decisions are made according to the best interests of the child without the benefit of a presumption in favour of either parent. The Act envisages contact between the child and each of his or her parents as a worthy goal which should be in the best interests of the child. Maximum contact, however, is not an unbridled objective and must be curtailed wherever the welfare of the child requires it.

The right to access is limited in scope and is conditioned and governed by the best interests of the child. The legislation makes it quite explicit that only the best interests of the child as it is comprehensively understood should be considered in custody and access orders. The role of the access parent is that of a very interested observer, giving love and support to the child in the background. He or she has the right to know but not the right to be consulted. Access rights recognize that the best interests of the child normally require that the relationship developed with both parents prior to the divorce or separation be continued and fostered. The right to access and the circumstances in which it takes place must be perceived from the vantage point of the child. Wherever the relationship to the non-custodial parent conflicts with the best interests of the child, the furtherance and protection of the child's best interests must take priority over the desires and interests of the parent.

As the ultimate goal of access is the continuation of a relationship which is of significance and support to the child, access must be crafted to preserve and promote that which is healthy and helpful in that relationship so that it may survive to achieve its purpose. Sources of ongoing conflict which threaten to damage or prevent the continuation of a meaningful relationship should be removed or mitigated. Notwithstanding a general concern about the vulnerability of access rights to the caprices of a vengeful custodial parent, courts should not be too quick to presume that the access concerns of the custodial parent are unrelated to the best interests of the child. Courts should also not be blind to issues, such as financial support, which form part of the broader context in which these rights are exercised. The access parent has no obligation to exercise those rights and cannot be forced to comply with such an order even if that contact has been determined to be in the child's best interest.

Where there is a genuine problem with access, the non-custodial parent is not without recourse in any case. This stems from the statutory directive to facilitate access where it is in the child's best interests and the role of the judge as the arbiter of those interests in the case of a dispute between the parents. Generally, courts will grant liberal access to the non-custodial parent and usually this is consistent with the best interests of the child. Parents will also normally respect their children's wishes and best interests with regard to access. When disagreements between parents do reach the courts, the judge must always draw the line in favour of the best interests of the child, from a child-centred perspective.

The best interests of the child cannot be equated with the mere absence of harm: it encompasses a myriad of considerations. Courts must attempt to balance such considerations as the age, physical and emotional constitution and psychology of both the child and his or her parents and the particular milieu in which the child will live. One of the most significant factors in many cases will be the relationship that the child entertains with his or her parents. Since custody and access decisions are pre-eminently exercises in discretion, the wide latitude under the best interests test permits courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child. What may constitute stressful or damaging circumstances for one child may not necessarily have the same effect on another.

The most common presumption now governing the best interests test is the primary caregiver presumption. It explicitly restores the values of commitment and demonstrated ability to nurture the child and recognizes the obligations and supports the authority of the parent engaged in day to day tasks of childrearing.

The order of the trial judge is not subject to the *Charter*. Even if it were, the best interests test is nevertheless value neutral and does not, on its face, violate any *Charter* right. Its objective, the protection of a vulnerable segment of society, is completely consonant with the *Charter's* values. Broad judicial discretion is crucial to the proper implementation of the legislative objective of securing the best interests of the child. Such discretion in a legislative provision does not of itself give rise to an inference of *Charter* infringement. It cannot be considered in the absence of an examination of the legislative objectives and must be rationally tied to those objectives.

The standard for finding a legislative provision unconstitutional because of vagueness is high. The provisions need only permit the framing of an intelligible legal debate with respect to the objectives contained in the legislation. The best interests test is not so uncertain as to be incapable of guiding a consideration of the factors relevant to custody and access determinations. The fact that it must be applied to the facts of each case does not militate in favour of its unconstitutionality.

The vagueness of a legislative provision cannot be examined in the abstract but must be considered within the context of the particular legislative objectives in question, bearing in mind that some objectives will require a panoply of judicial remedies for their meaningful fulfilment. Among the factors with which courts should be concerned when the vagueness of a law is at issue are: (a) the need for flexibility and the interpretive role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist.

To restrict access the custodial parent must establish that it is not in the child's best interest but he or she need not show harm or potential harm. The custodial parent need not show harm in order to restrict access to the children by the non-custodial parent. There is no rationale for defining the best interests of the child with the absence of harm. Nothing

---

in the Act mandates or even suggests that "real danger of significant harm to the child" be the sole consideration in matters of custody and access. Indeed, the harm test would require courts to ignore the very factors which are set out in the Act and invert the basic focus of the inquiry into custody and access. The welfare of children is put at considerable risk if the prospect of harm becomes the sole prerequisite for restrictions on access. The best interests of the child is not simply the right to be free of demonstrable harm; it is the positive right to the best possible arrangements in the circumstances of the parties. The harm test cannot meet the legal system's primary goal in divorce situations -- minimizing the adverse effects of children. This goal requires a vision of the best interests of the child that is more than neutral to the conditions under which custody and access occur. Judges must exercise their discretion to prevent harm to the child rather than merely identify or establish its presence after the damage is done.

Expert evidence should not be routinely required to establish the best interests of the child. Expert testimony, while helpful in some circumstances, is often inconclusive and contradictory because such assessments are both speculative and may be affected by the professional values and biases of the assessors themselves. Experts are not always better placed than parents to assess the needs of the child. The person involved in day to day care may observe changes in the child that could go unnoticed by anyone else and normally has the best vantage point from which to assess the interests of the child. The custodial parent, therefore, will often provide the most reliable and complete source of information to the judge on the needs and interests of that child. The importance of the evidence of children in custody and access disputes, too, must be emphasized.

Restrictions on access do not necessarily prevent children from coming to know their parents in meaningful ways. Interpreting the goal of maximum contact as requiring unrestricted access may defeat the Act's objective if the pre-eminence of unlimited "knowledge" results in the ultimate destruction of the relationship. In this case, the purpose of the restrictions was to ensure that the children will continue to know their father "at all".

Freedom of religion and freedom of expression are public in nature and encompass the freedom of the individual from state compulsion or restraints. The state's role in custody and access decisions does not transform the essentially private character of parent-child interchanges into activity subject to *Charter* scrutiny. Legitimate questions may arise about the role of the state, and hence the application of the *Charter* in regulating other aspects of family law. A valid purpose can hardly be served, however, by importing the discourse of freedom of expression and religion into orders made in the resolution of custody and access disputes. Once the best interests test itself has been found to accord with *Charter* values, the trial judge's order itself is not subject to further constitutional review, as the necessary state infringement of religious rights required to sustain a *Charter* challenge is not present. The principles enunciated in *Dolphin Delivery* apply as custody and access matters are essentially private in nature and there exists no state action to be impugned.

Decisions regarding custody and access must not be based on the parents' faith. The religion of the parties, however, may be relevant as one of the circumstances to be assessed in the determination of the best interests of the child. Where there is conflict over religion, the court is not engaged in adjudicating a "war of religion" and the religious beliefs of the parties themselves are not on trial. Rather, it is the manner in which such beliefs are practised together with the impact and effect they have on the child which must be considered. In all cases where the effects of religious practices are at issue, the best interests of the child must prevail.

Ordinarily, the exposure of a child to different religions or beliefs may be of value to the child. Where religion becomes a source of conflict between the parents or is the very cause of the marriage breakdown, it is generally not in the best interests of the child and may in some circumstances be very detrimental for the child to be drawn into the controversy over religious matters. Where there is conflict over religion, courts must secure the longstanding authority of the custodial parent to make decisions over religious activities. This ensures that stress occasioned by such issues does not become a continuing and ultimately destructive feature in the life of the child after divorce.

Freedom of religion is not an absolute value. Here, there other powerful competing interests must also be recognized, not the least of which, in addition to the best interests of the children, are the freedoms of expression and religion of the children themselves.

---

Respondent's religious beliefs and practices and his general rights of access were not threatened. The restrictions were aimed at reducing the area of conflict which had arisen on account of the respondent's behaviour with his children during access and the effects of that behaviour on their best interests. Much of the stress the children were experiencing was related to their resistance to becoming involved in their father's religious practices. The restrictions were to further the best interests of these children by removing the source of conflict, particularly as the ultimate purpose of the restrictions was to preserve the relationship between the respondent and his children. Evidence supported the conclusion that the respondent would not respect the wishes of the children without an order to do so.

*Per La Forest and Gonthier JJ.:* Agreement was expressed for the reasons of L'Heureux-Dubé J. holding that access be determined on the basis of what is in the best interest of the child and for her resolution of the constitutional issue.

*Per Iacobucci and Cory JJ.:* The best interests of the child standard does not violate in ss. 2(a), (b) and (d), and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* substantially for the reasons given L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. No opinion was expressed on the questions of whether a *Charter* infringement, if found, would be so trivial as not to warrant *Charter* protection and of whether or not the *Charter* applies to judicial orders made in custody or access proceedings.

For many of the reasons advanced by L'Heureux-Dubé J., access to children should be determined on the basis of what is in the best interests of the child. Expert evidence, while sometimes helpful, is not always necessary to establish the best interests of the child; that question can be determined normally from the evidence of parties themselves and the testimony, where appropriate, of the children concerned.

The matters of the children's attending religious services with the respondent and accompanying him on his proselytizing activities were resolved by the respondent's undertaking to respect his children's wishes in this regard. The order forbidding the respondent from discussing his religion was not supported by a proper application of the best interests of the child test. Indeed, curtailment of explanatory or discursive conversations between a parent and his or her child should only be rarely ordered.

*Per McLachlin J.:* The *Divorce Act* mandates that, on matters of access, the ultimate test in all cases is the best interest of the child. This is a positive test, encompassing a wide variety of factors, including the desirability of maximizing contact between the child and each parent if compatible with the best interests of the child. The custodial parent has no "right" to limit access. The judge must consider all factors relevant to determining what is in the child's best interests. The risk of harm to the child, while not the ultimate legal test, may also be a factor to be considered. This is particularly so where the issue is the quality of access -- what the access parent may say or do with the child. In such cases, it will generally be relevant to consider whether the conduct in question poses a risk of harm to the child which outweighs the benefits of a free and open relationship which permits the child to know the access parent as he or she is. The judge must act not on his or her personal views but on the evidence.

The legislative provision for the "best interests of the child" does not limit and therefore does not violate the *Charter* right to religious and expressive freedom. Religious expression not in the best interests of the child is not protected by the *Charter* because the guarantee of freedom of religion is not absolute and does not extend to religious activity which harms or interferes with the parallel rights of other people. Conduct not in the best interests of the child, even absent the risk of harm, amounts to an "injury" or intrusion on the rights of others and is clearly not protected by this *Charter* guarantee. "Injure" in this context is a broad concept. To deprive a child of what a court has found to be in his or her best interests is to "injure", in the sense of not doing what is best for the child. A child's vulnerability heightens the need for protection and any error should be made in favour of child's best interests and not in favour of the exercise of the alleged parental right. An additional factor which may come into play in the case of older children is the "parallel right" of others to hold and manifest beliefs and opinions of their own.

The ambit of freedom of expression is broader than that of freedom of conscience and religion because even harmful expression may be protected. Some forms of harmful expression, however, are not constitutionally protected:



---

violence or threats of violence or a direct attack on the physical integrity and liberty of another. Criminal conduct is an indication, although not a conclusive one, that expressive conduct is constitutionally unprotected.

A *prima facie* case for protection under the guarantee of freedom of expression can be made out here. The expression challenged does not take the form of the non-protected categories of expression. The harm done, if any, is of a psychological nature.

A purposive approach to *Charter* interpretation requires that associated rights -- religious freedom and freedom of expression -- be interpreted in a consistent and coherent manner. The ambit of a particular right or freedom, moreover, cannot be defined in the abstract but rather should be defined in the context of the particular activity in question.

The teaching of religious beliefs and practices to one's children, while it has an expressive aspect, is predominantly religious. In seeking to reconcile the rights of freedom of religion and freedom of expression in this context, it is the religious aspect which must dominate. Reading the two guarantees together, the limits of the guarantee of freedom of expression should govern in the context of religious instruction of children.

The custodial parent does not have the "right" to determine limits on access. The only question to be considered, where limitation of access is in issue, is what is in the best interests of the child. The custodial parent's obligation to make certain basic decisions as to how the child is educated (which may extend to religious matters) does not automatically mean that religious contacts with the access parent of a different faith are to be excluded. The failure of the child to consent to instruction on the part of the access parent does not necessarily preclude such instruction's being in the child's best interests.

The benefits which might enure to the children from coming to know their father as he was -- as a devoutly religious man devoted to the Jehovah's Witness faith -- were not considered at trial and no reference was made to Parliament's instruction that a child have as much contact with both parents as is compatible with his or her best interests. The question of whether there was any evidence of a risk of harm to the children which might offset the benefit of full access to their father's values, including those related to religion, was not adequately considered. While access may be limited in some circumstances on grounds unrelated to harm, where the issue is whether entirely lawful discussions and activities between the access parent and the child should be curtailed, the judge should enquire into whether the conduct poses a risk of harming the child. The evidence did not establish that harm was being caused to the children.

The order restricting respondent's access was unnecessary given his undertaking and the order enjoining him from preventing blood transfusions was unnecessary from a practical point of view. Parents should not make disparaging comments about the other parent's religion, but the matter might best be left to the parents' good sense.

*Per Sopinka J.:* While the "best interests of the child test" is the ultimate determination in deciding issues of custody and access, it must be reconciled with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. General language in a statute which, in its breadth, potentially confers the power to override *Charter* values must be interpreted to respect those values. Here, the best interests test must be interpreted to allow the *Charter* right to freedom of religious expression to be overridden only if its exercise would occasion consequences that involve more than inconvenience, upset or disruption to the child and incidentally to the custodial parent.

The long-term value to a child of a meaningful relationship with both parents is a policy that is affirmed in the *Divorce Act*. Each parent, therefore, can engage in those activities which contribute to identify the parent for whom he or she really is. The access parent is not expected to act out a part or assume a phony lifestyle during access periods. The policy favouring activities that promote a meaningful relationship is not displaced unless there is a substantial risk of harm to the child.

The best interests of a child are more aptly served by a law which recognizes the right of that child to a meaningful post-divorce relationship with both parents. The "rights" must be distributed between the custodial and the access parents so as to encourage such a relationship. The traditional notion of guardianship giving the custodial parent the

---

absolute right to exercise full control over the child, even when the other parent is exercising his or her right of access, is at odds with this concept.

"Harm", in this context, connotes an adverse effect on the child's upbringing that is more than transitory. The impugned exercise by the access parent must be shown to create a substantial risk that the child's physical, psychological or moral well-being will be adversely affected. Exposure to new experiences and ideas may upset children and cause them considerable discomfort but these experiences are not necessarily not in the long-term best interests of the child. Similarly, conflict between parents on many matters including religion is not uncommon, but in itself cannot be assumed to be harmful unless it produces a prolonged acrimonious atmosphere.

Risk of substantial harm must be shown if religious expression is to be restricted in applying the best interests of the child test. The statutory test in s. 16(10) of the *Divorce Act* does not constitute a limitation on freedom of religious expression. This freedom does not extend to protect conduct which is harmful to others. However, the concept of harm should not be expanded to reach the conclusion that anything which is not in the best interests of the children is injurious within the meaning of s. 2(b) and thus not protected by the *Charter*.

#### Financial Considerations and Costs

*Per McLachlin J.*: A judge, to fix lump sum maintenance, must fix it in a sum certain with reference to the principles applicable to such an award. The goal of conveying the entire interest in the matrimonial home to the wife did not support an award of lump sum maintenance; more was required. There was ample basis here for an order under s. 51 of the *Family Relations Act* awarding appellant a greater portion of the family assets because respondent, for a considerable time, paid little or nothing for the support of the family. The debts incurred during this period can serve as a consideration supporting reduction of respondent's interest in the family property. The equity in the home was not substantial and respondent was permitted to retain other assets.

The trial judge, in effecting a *de facto* reapportionment of the interest in the family assets to do justice, as was permitted on the facts and the law, did not expressly allude to the factors for reallocation. This omission should not result in a new trial being ordered because of the length and cost of the current litigation. The result achieved by the trial judge should be endorsed because the evidence was capable of supporting an order for reallocation of the parties' interest in the family assets to the extent required to give the appellant the entire interest in the matrimonial home.

The money owed by the family's jewelry corporation was not, in law, a debt for which respondent was personally liable. Only the corporation was liable. The debt appellant incurred to support herself and the children before she applied for maintenance is similarly unenforceable against respondent as a debt, although it could be taken into consideration in an order for reduction of his interest in the family assets.

Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties. The facts that an application has little merit and that part of the cost of the litigation may have been paid for by others do not justify awarding solicitor-client costs.

No order for costs should have been made against respondent's barrister. Costs are awarded as compensation for the successful party, not to punish a lawyer. Any member of the legal profession might be subject to a compensatory order for costs if it is shown that repetitive and irrelevant material, and excessive motions and applications, characterized the proceedings in which he or she was involved, and that the lawyer acted in bad faith in encouraging this abuse and delay. The courts have jurisdiction to make such an award, often under statute and as part of their inherent jurisdiction to control abuse of process and contempt of court. The proceedings here, despite their length and acrimonious progress, did not fall within these characterizations. Courts, moreover, must be extremely cautious in awarding costs personally against a lawyer, given the duties upon a lawyer to guard confidentiality of instructions and to bring forward with courage even unpopular causes. A lawyer should not be placed in a situation where his or her fear of an adverse order of costs may conflict with these fundamental duties of his or her profession.

---

Since the Society did not appear as a party, the costs awarded against it must be taken to be the equivalent of an award for the tort of maintenance. A person must intervene "officially or improperly" to be liable for the tort of maintenance. Provision of financial assistance to a litigant by a non-party will not always constitute maintenance. Funding by a relative or out of charity must be distinguished from cases where a person wilfully and improperly stirs up litigation and strife. The society's support was "out of charity and religious sympathy" and so did not constitute maintenance. It did not put forward respondent in an attempt to escape liability for costs. Its interest in the constitutional issue was insufficient to distinguish it from interveners who appear on constitutional cases and who have never been liable for costs.

*Per La Forest and Gonthier JJ.:* The reasons of McLachlin J. were agreed with on the property and monetary issues and on the principles governing costs.

*Per Iacobucci and Cory JJ.:* The reasons of McLachlin J. were agreed with on the property, monetary, and costs issues.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The reasons of the trial judge on the issues of maintenance, division of property and costs were agreed with.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, 75 D.L.R. (4th) 46, allowing an appeal in part from a judgment of Proudfoot J. (1989), 24 R.F.L. (3d) 193. Sections 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* did not violate s. 2(a), (b) or (d) or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The restrictions on access should be removed (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting). The judgment dealing with property and financial matters and the award of costs should be varied (L'Heureux-Dubé J. dissenting).

*Lorne N. MacLean and Fred C. Lowther*, for the appellant.

*W. Glen How, Q.C., and Sarah E. Mott-Trille*, for the respondent James K. C. Young.

*Gordon Turriff*, for the respondent W. Glen How.

*John M. Burns and Linda How*, for the respondent Watch Tower Bible & Tract Society.

*Brian Evernden*, for the intervener Attorney General of Canada.

*Michel Y. Hélie*, for the intervener Attorney General for Ontario.

*Monique Rousseau and Isabelle Harnois*, for the intervener Attorney General of Quebec.

*Shawn Greenberg*, for the intervener Attorney General of Manitoba.

Written submission only for the Attorney General of British Columbia.

*Gerald D. Chipeur and Karnick Doukmetzian*, for the intervener Seventh-day Adventist Church.

*Solicitors for the appellant: MacLean, Nicol & Wong, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent James K. C. Young: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

*Solicitors for the respondent W. Glen How: Douglas, Symes and Brissenden, Vancouver.*

---

*Solicitors for the respondent Watch Tower Bible & Tract Society: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

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

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

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

*Solicitor for the intervener Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

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

*Solicitors for the intervener Law Society of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Seventh-day Adventist Church: Milner, Fenerty, Edmonton.*

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

*Droit de la famille -- Garde -- Droit d'accès -- Intérêt de l'enfant -- Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants -- Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux -- Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses -- Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» -- L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? -- La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?*

*Droit de la famille -- Enfants -- Intérêt de l'enfant -- Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants -- Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux -- Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses -- Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» -- L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? -- La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?*

*Droit de la famille -- Prestation sous forme de biens et d'argent -- Prestation sous forme de capital -- Dettes familiales -- Principes régissant une nouvelle répartition des biens.*

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Liberté de religion -- Liberté d'expression -- La Loi sur le divorce prévoit que les ordonnances concernant les enfants ne doivent tenir compte que de «l'intérêt de l'enfant» -- Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants -- Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux -- Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses -- La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté de religion? -- La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté d'expression? -- Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 16(8), 17(5); Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), b).*

*Tribunaux -- Dépens -- Principes régissant l'attribution des dépens comme entre procureur et client.*

*Responsabilité délictuelle -- Pension alimentaire -- Société religieuse supportant les frais de l'action -- Action religieuse commune -- Y a-t-il eu soutien délictueux?*

La séparation de l'appelante et de l'intimé a été marquée par une longue série de batailles judiciaires. La garde des trois filles du couple a été confiée à l'appelante et un droit d'accès a été accordé à l'intimé, sous réserve de certaines restrictions imposées par la cour en raison de l'opposition de l'appelante aux activités religieuses de l'intimé avec les enfants. Celui-ci devait s'abstenir de discuter de la religion des Témoins de Jéhovah avec les enfants, de les amener à des

---

offices religieux, à des visites de sollicitation ou à des réunions, ou de les mêler à des débats religieux avec des tierces personnes sans le consentement préalable de l'appelante. La religion organisée n'était pas importante pour l'appelante, même si elle voulait que ses enfants soient élevés dans la foi de l'Église Unie.

Les deux aînées aimaient leur père mais elles se sont mises à détester son enseignement religieux au point que cela a altéré les relations qu'il avait avec elles et a contribué au stress que l'adaptation à la séparation de leurs parents leur a fait subir.

Le juge de première instance a également rendu des ordonnances relatives à la répartition des biens et aux dépens. Elle a ordonné que les droits de l'intimé sur le foyer conjugal soient transférés à l'appelante parce que tous les droits résiduels sur la maison, après paiement par l'intimé de ce qu'il devait déjà à l'appelante, devaient être transférés sous forme de capital. L'intimé a été tenu responsable des dettes contractées par l'appelante pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants en attendant le versement d'une pension alimentaire et d'une dette contractée envers une société familiale. Les dépens comme entre procureur et client ont été accordés contre l'intimé, son avocat et une société religieuse qui n'avait pas été constituée partie à l'instance.

L'intimé a interjeté appel. La Cour d'appel a annulé les restrictions visant les discussions religieuses et la participation à des activités religieuses pour le motif qu'il est dans l'intérêt des enfants d'apprendre à connaître pleinement celui de leurs parents qui n'en a pas la garde, ce qui comprend ses croyances religieuses, à moins que la preuve n'établisse l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel pour l'enfant ou le non-consentement de celui-ci à être ainsi exposé aux opinions et aux pratiques du parent ayant le droit d'accès. La Cour d'appel a également modifié le partage des biens et les dépens ordonnés par le juge de première instance. L'appelante s'est pourvue de ces décisions devant notre Cour.

Quatre questions constitutionnelles ont été soulevées, à savoir (1) si les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* (qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent «tenir compte de l'intérêt de l'enfant») portent atteinte aux libertés de religion, d'expression et d'association garanties par la *Charte* (al. 2a), b) et d)), et, dans l'affirmative, (2) s'ils sont justifiés par l'article premier; (3) si les par. 16(8) et 17(5) violent les garanties d'égalité énoncées dans la *Charte* (par. 15(1)), et, dans l'affirmative, (4) s'ils sont justifiés par l'article premier. La Cour a examiné les exigences du critère de «l'intérêt de l'enfant» ainsi que la question de savoir si ce critère viole les libertés de religion et d'expression garanties par la *Charte*. Elle a aussi étudié l'élément important que constitue le droit d'accès sans restriction du parent qui n'a pas la garde et les conditions nécessaires pour restreindre ce droit d'accès.

*Arrêt*: Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* ne violent pas les al. 2a), b) ou d) ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt* (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Les restrictions imposées au droit d'accès sont supprimées.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le jugement concernant les biens, les questions financières et les dépens est modifié.

#### L'intérêt de l'enfant, les considérations relatives à la *Charte* et le droit d'accès

**Le juge L'Heureux-Dubé**: Le pouvoir du parent gardien n'est pas un «droit» qui a une valeur intrinsèque et que le tribunal accorde au parent pour son avantage. En fait, l'enfant a le droit d'avoir un parent qui voit à son intérêt et le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être. Le parent qui n'a pas la garde conserve certains droits résiduels sur l'enfant, en tant que l'un de ses deux tuteurs naturels.

---

Les décisions relatives au placement de l'enfant doivent voir à satisfaire le besoin de continuité de la relation de l'enfant, refléter la notion du temps de l'enfant et non celle de l'adulte et tenir compte de l'incapacité pour le droit de surveiller les rapports interpersonnels et les limites de nos connaissances en ce qui a trait aux prédictions à long terme. Le besoin de continuité exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde. En matière d'attribution de garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables. Les tribunaux ne sont pas en mesure de prendre les décisions quotidiennes qui touchent l'intérêt de l'enfant. Une fois que le tribunal a déterminé à qui il convient de confier la garde, il doit présumer que le parent agira dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Les tribunaux fondent leurs décisions sur le meilleur intérêt de l'enfant, sans faire jouer de présomption en faveur d'un parent. La Loi fait du maintien du contact entre l'enfant et chacun de ses parents un objectif louable qui doit favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Le contact maximum n'est toutefois pas un objectif absolu et il doit être limité chaque fois que le bien-être de l'enfant l'exige.

Le droit d'accès a une portée limitée et il est conditionné et régi par le meilleur intérêt de l'enfant. Il ressort très clairement des textes législatifs que les ordonnances de garde et d'accès doivent tenir compte uniquement du meilleur intérêt de l'enfant, pris au sens large. Le rôle du parent ayant un droit d'accès est celui d'un observateur très intéressé, donnant amour et appui à l'enfant dans l'ombre. Il a le droit de se faire donner des renseignements, mais non le droit d'être consulté. Les droits d'accès existent en reconnaissance du fait qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre et de développer la relation qu'il a établie avec l'un et l'autre de ses parents avant le divorce ou la séparation. Le droit d'accès et les circonstances dans lesquelles il s'exerce doivent être envisagés du point de vue privilégié de l'enfant. Dès que la relation avec le parent qui n'a pas la garde entre en conflit avec le meilleur intérêt de l'enfant, la poursuite et la protection de cet intérêt doivent avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent.

Le droit d'accès ayant comme objet ultime la poursuite d'une relation enrichissante pour l'enfant, l'accès doit être conçu de façon à préserver et à promouvoir les éléments sains et utiles de cette relation de façon à atteindre ce but. Il est par conséquent nécessaire d'éliminer ou d'atténuer les sources répétées de conflit susceptibles de nuire à une relation valable ou d'en empêcher la poursuite. Malgré les préoccupations générales sur la vulnérabilité des droits d'accès devant les caprices d'un parent gardien vengeur, les tribunaux ne devraient pas présumer trop rapidement que les craintes du parent chargé de la garde ne sont pas liées à l'intérêt de l'enfant. En outre, les tribunaux ne devraient pas fermer les yeux sur les questions, comme l'aide financière, qui forment le contexte global dans lesquels s'exercent ces droits. Le parent à qui sont consentis des droits d'accès n'a aucune obligation d'exercer ces droits, et personne ne peut le forcer à se conformer à une telle ordonnance, même si l'on a jugé qu'il y allait de l'intérêt de l'enfant.

Lorsque l'accès pose un problème véritable, le parent privé de la garde n'est pas, de toute façon, sans recours. Cela ressort de la directive législative qui vise à faciliter l'accès lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant et du rôle du juge en tant qu'arbitre de cet intérêt en cas de conflit entre les parents. De façon générale, les tribunaux accordent au parent non gardien de larges droits d'accès, ce qui est habituellement conforme à l'intérêt de l'enfant. Normalement, les parents respectent les désirs et l'intérêt de leurs enfants en la matière. Toutefois, lorsque des désaccords entre parents parviennent devant les tribunaux, le juge doit toujours tracer la ligne dans le meilleur intérêt de l'enfant et dans la perspective de l'enfant.

Le meilleur intérêt de l'enfant et la simple absence de préjudice ne sont pas des notions équivalentes. L'intérêt de l'enfant suppose une myriade de considérations. Les tribunaux doivent s'efforcer de pondérer des facteurs tels l'âge, l'état physique, affectif et psychologique, tant de l'enfant que de ses parents, et le milieu particulier dans lequel l'enfant vivra. L'un des facteurs les plus importants sera, dans de nombreux cas, la relation que l'enfant entretient avec ses parents. Puisque les décisions relatives à la garde et à l'accès relèvent principalement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, la grande latitude que laisse le critère de l'intérêt permet aux tribunaux de tenir compte de toute la gamme des facteurs susceptibles d'avoir sur un enfant une influence à la fois positive et négative. Ce qui peut être cause de stress ou de préjudice pour un enfant ne l'est pas nécessairement pour l'autre.

---

La présomption la plus commune qui encadre maintenant le critère de l'intérêt de l'enfant est celle du principal pourvoyeur de soins. Elle rétablit explicitement les valeurs d'engagement et d'habileté démontrée à s'occuper de l'enfant et elle reconnaît les obligations et appuie l'autorité du parent qui s'occupe jour après jour de l'éducation de l'enfant.

L'ordonnance du juge de première instance n'est pas assujettie à la *Charte*. Même si elle l'était, le critère du meilleur intérêt de l'enfant a néanmoins une valeur neutre et il ne peut, en soi, violer un droit protégé par la *Charte*. Son objectif, la protection d'un segment vulnérable de la société, correspond tout à fait aux valeurs de la *Charte*. L'existence d'un large pouvoir discrétionnaire est essentielle à la mise en oeuvre adéquate de l'objectif législatif de protéger l'intérêt de l'enfant. Le simple fait qu'une disposition législative confère ce pouvoir discrétionnaire ne suffit pas en soi à conclure qu'il y a atteinte à la *Charte*. On ne peut analyser le pouvoir discrétionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et sa présence doit se rattacher rationnellement à ces objectifs.

Le seuil au-delà duquel il y a inconstitutionnalité pour imprécision d'une disposition législative est élevé. Les dispositions doivent uniquement permettre la tenue d'un débat judiciaire intelligible eu égard aux objectifs visés par la loi. Le critère de l'intérêt de l'enfant n'est pas à ce point incertain qu'il ne donne aucune indication susceptible d'éclairer l'examen des facteurs pertinents aux fins de la prise d'une décision en matière de garde et d'accès. La nécessité d'appliquer le critère aux faits particuliers de chaque espèce ne constitue pas un argument en faveur de son inconstitutionnalité.

L'imprécision d'une disposition législative ne peut s'apprécier dans l'abstrait, mais bien au regard des objectifs législatifs particuliers en cause, en tenant compte que, pour atteindre certains de ces objectifs, il faudra recourir à une panoplie de remèdes judiciaires. Au nombre des facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération lorsque est soulevée la question de l'imprécision d'une règle de droit, figurent les suivants: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations, qui peuvent même coexister.

Le parent gardien n'est pas tenu d'établir un préjudice caractérisé pour restreindre le droit d'accès du parent non gardien. Aucune justification ne définit l'intérêt de l'enfant comme une notion équivalente à l'absence de préjudice. Il n'y a rien dans la Loi qui oblige ou même propose que la présence d'un «danger réel de préjudice important pour l'enfant» soit l'unique facteur à prendre en considération en matière de garde et d'accès. Au contraire, l'adoption du critère du préjudice caractérisé exigerait que les tribunaux ne tiennent aucun compte des facteurs mêmes qui sont énumérés dans la Loi et déplacent le foyer central de l'analyse en matière de garde et d'accès. Le bien-être des enfants est gravement compromis si la perspective d'un préjudice caractérisé devient le seul prérequis pour limiter le droit d'accès. L'intérêt de l'enfant n'est pas simplement le droit d'être à l'abri de tout préjudice manifeste. C'est le droit positif de bénéficier des meilleures dispositions possibles compte tenu de la situation des parties. Le critère du préjudice caractérisé ne permet pas d'atteindre l'objectif primordial du système juridique régissant le divorce, soit la minimisation des effets négatifs sur les enfants. Il faut, pour y parvenir, une vision de l'intérêt de l'enfant qui aille au-delà de la neutralité devant les conditions dans lesquelles s'effectuent la garde et l'accès. Les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le but de prévenir le préjudice, au lieu de se borner à simplement l'identifier ou à établir sa présence après que le dommage est fait.

Le recours à l'opinion d'experts pour établir l'intérêt de l'enfant ne devrait pas devenir une exigence courante. Les témoignages d'experts, bien qu'utiles dans certaines circonstances, sont souvent non déterminants et contradictoires étant donné le caractère spéculatif de ces expertises et la possibilité qu'elles soient influencées par les valeurs et les préjugés professionnels des experts eux-mêmes. Les experts ne sont pas toujours mieux placés que les parents pour évaluer les besoins de l'enfant. La personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer chez ce dernier des changements qui, aux yeux de toute autre personne, passeraient inaperçus et elle est normalement la mieux placée pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien sera donc souvent la personne qui constituera, pour le juge, la source d'information la plus sûre et la plus complète sur les besoins et l'intérêt de cet enfant. Il importe de souligner également l'importance du témoignage des enfants dans les litiges concernant la garde et l'accès.

L'imposition de restrictions au droit d'accès n'empêche pas nécessairement les enfants d'acquérir une connaissance significative de leurs parents. Interpréter l'objectif du maximum de contact de manière à exiger un droit d'accès sans restrictions pourrait aller à l'encontre de l'objet de la Loi si la prééminence de la «connaissance» sans entrave

---

aboutit à la destruction ultime de la relation. Dans la présente affaire, le but des restrictions était de veiller à ce que les enfants continuent «quand même» à connaître leur père.

Les libertés de religion et d'expression ont un caractère public et elles englobent la liberté de l'individu contre la coercition ou les contraintes de l'État. Le fait que l'État joue un rôle dans les décisions relatives à la garde et à l'accès en encadrant l'interaction parent-enfant ne transforme pas le caractère essentiellement privé de ces échanges en une activité susceptible d'être soumise à l'examen de la *Charte*. Des questions peuvent légitimement se poser à propos du rôle de l'État, et donc de l'application de la *Charte*, dans la réglementation d'autres aspects du droit de la famille. Il est toutefois difficile d'imaginer à quel objet valide il servirait d'appliquer le discours de la liberté de religion et d'expression aux ordonnances rendues dans le règlement des litiges entourant la garde et l'accès. Une fois confirmée la compatibilité du critère de l'intérêt de l'enfant avec les valeurs consacrées par la *Charte*, l'ordonnance du juge de première instance échappe elle-même à tout autre contrôle constitutionnel puisque l'atteinte étatique aux droits religieux, condition préalable à une attaque fondée sur la *Charte*, n'existe plus. Les principes énoncés dans l'arrêt *Dolphin Delivery* s'appliquent étant donné que les questions de garde et d'accès sont de nature essentiellement privée et que l'État n'a pris aucune mesure susceptible d'être attaquée.

Les décisions relatives à la garde et à l'accès ne doivent pas être fondées sur la foi des parents. Toutefois, la religion des parties peut être pertinente, en ce sens qu'elle peut constituer l'une des circonstances à prendre en considération aux fins de la détermination de l'intérêt de l'enfant. Dans les cas où la religion est l'objet d'un conflit, le tribunal n'est pas appelé à trancher une «guerre de religion» et les convictions religieuses des parties elles-mêmes ne sont pas en cause. C'est plutôt la façon dont ces convictions sont mises en pratique ainsi que les répercussions qu'elles ont sur l'enfant qui doivent être examinées. Dans tous les cas où les effets de pratiques religieuses sont en litige, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir.

Habituellement, exposer un enfant à différentes religions ou croyances peut lui être bénéfique. Lorsque la religion devient source de conflit entre les parents ou est la cause même de l'échec du mariage, il n'est généralement pas dans l'intérêt de l'enfant et il peut même, dans certaines circonstances, lui être très préjudiciable, d'être entraîné dans la controverse. Lorsqu'il existe un conflit à ce sujet, les tribunaux doivent préserver l'autorité bien établie du parent gardien quant aux décisions à l'égard des activités religieuses, de sorte que le stress qu'engendrent de telles questions ne devienne pas un élément permanent et potentiellement destructeur dans la vie de l'enfant après le divorce.

La liberté de religion n'est pas une valeur absolue. En l'espèce, il y a d'autres intérêts concurrents puissants qu'il faut reconnaître, dont les moindres ne sont pas, outre l'intérêt des enfants, les libertés d'expression et de religion des enfants elles-mêmes.

Les croyances et pratiques religieuses de l'intimé et ses droits d'accès n'étaient pas généralement menacés. Les restrictions visaient plutôt à atténuer le conflit qu'avait engendré la conduite de l'intimé avec les enfants lors de l'exercice de son droit d'accès et l'incidence de ses pratiques sur l'intérêt des enfants. Le stress subi par ces dernières était en grande partie dû à la résistance qu'elles opposaient aux pratiques religieuses auxquelles leur père voulait les associer. Il était dans l'intérêt des enfants d'éliminer la source de conflit, compte tenu, en particulier, du fait que l'objectif ultime des restrictions était de préserver les liens entre l'intimé et ses enfants. Des éléments de preuve permettaient de conclure que l'intimé ne respecterait pas les désirs des enfants sans qu'une ordonnance soit prononcée à cette fin.

Les juges **La Forest** et Gonthier: L'opinion du juge L'Heureux-Dubé est acceptée quant à la conclusion que la question du droit d'accès doit être tranchée en fonction de l'intérêt de l'enfant et quant à la conclusion sur la question constitutionnelle.

Les juges **Iacobucci** et **Cory**: La norme de l'intérêt de l'enfant ne viole ni les al. 2a), b) et d) ni l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en grande partie pour les motifs exposés par les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Aucune opinion n'est exprimée quant à savoir, dans l'éventualité où l'on conclurait à une violation de la *Charte*, si une telle violation serait banale au point de ne pas mériter la protection de la *Charte* et si la *Charte* s'applique à des ordonnances judiciaires rendues dans des procédures de garde ou d'accès.



---

Pour la plupart des motifs qu'expose le juge L'Heureux-Dubé, la question de l'accès auprès des enfants devrait être tranchée sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. Bien que parfois utile, la preuve d'expert n'est pas toujours nécessaire pour établir l'intérêt de l'enfant. Normalement, cette question peut être tranchée à partir des éléments de preuve présentés par les parties elles-mêmes et, lorsque cela est approprié, du témoignage des enfants concernés.

Les questions de l'assistance des enfants à des offices religieux avec l'intimé et de leur participation à ses visites de prosélytisme ont été réglées par l'engagement de l'intimé à respecter les désirs de ses enfants à cet égard. L'ordonnance qui interdit à l'intimé de discuter de sa religion n'est pas justifiée par une bonne application de la norme de l'intérêt de l'enfant. À vrai dire, la restriction de conversations ou d'échanges explicatifs ou informels entre un parent et son enfant devrait être rarement ordonnée.

*Le juge McLachlin:* En matière de droit d'accès, la *Loi sur le divorce* exige que, dans tous les cas, le critère ultime soit l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs, dont l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents si cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien n'a aucun «droit» de limiter l'accès. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, le juge doit prendre en considération tous les facteurs pertinents. Bien que le risque de préjudice ne soit pas le critère juridique ultime, il peut aussi s'agir d'un facteur à considérer. Cela est particulièrement vrai lorsque le litige porte sur la qualité de l'accès -- ce que le parent peut faire avec l'enfant ou lui dire. En pareil cas, il sera généralement pertinent de voir si la conduite en cause comporte pour l'enfant un risque de préjudice supérieur aux effets bénéfiques que pourrait lui apporter une relation libre et ouverte lui permettant de connaître la personnalité véritable du parent exerçant un droit d'accès. Le juge ne doit pas fonder son jugement sur ses opinions personnelles, mais sur la preuve.

La disposition législative privilégiant «l'intérêt de l'enfant» ne limite pas et par conséquent ne viole pas les libertés de religion et d'expression. L'expression religieuse qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant n'est pas protégée par la *Charte* parce que la liberté de religion n'est pas absolue et ne s'étend pas à une activité qui porte atteinte aux propres droits d'autrui. La conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, même en l'absence de risque de préjudice, équivaut à une «lésion» des droits d'autrui ou à une intrusion dans ces droits et n'est évidemment pas protégée par cette garantie offerte par la *Charte*. Dans ce contexte, la lésion est une notion large. Priver un enfant de ce que le tribunal a jugé être dans son intérêt équivaut à le «léser», au sens où on ne fait pas ce qui est le mieux pour lui. La vulnérabilité de l'enfant renforce le besoin de protection, et toute erreur qui peut intervenir doit favoriser l'intérêt de l'enfant et non l'exercice du droit parental allégué. Pour les enfants plus âgés, un facteur additionnel pourra jouer, soit le «propre droit» des autres d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.

La portée de la liberté d'expression est plus large que celle de la liberté de conscience et de religion parce que même l'expression préjudiciable peut être protégée. Certaines formes d'expressions préjudiciables ne sont toutefois pas protégées par la Constitution, telles la violence ou les menaces de violence, ou les atteintes directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne. La conduite criminelle est une indication, bien qu'elle ne soit pas déterminante, que l'expression manifestée par la conduite n'est pas protégée par la Constitution.

Une preuve *prima facie* de protection de la liberté d'expression peut être établie en l'espèce. L'expression contestée en l'espèce ne prend pas la forme des catégories d'expression non protégées. Le préjudice, si préjudice il y a, est de nature psychologique.

L'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que les droits qui sont liés -- en l'occurrence la liberté de religion et la liberté d'expression -- reçoivent une interprétation compatible et cohérente. En outre, la portée d'une liberté ou d'un droit particuliers ne peut être définie dans l'abstrait, mais bien en fonction du contexte de l'activité particulière en cause.

L'enseignement de croyances et de pratiques religieuses à ses enfants comporte certes un aspect expressif, mais son caractère religieux prédomine. Si l'on veut concilier les droits à la liberté de religion et à la liberté d'expression dans

---

ce contexte, c'est l'aspect religieux qui doit l'emporter. Les deux garanties combinées, les limites apportées à la garantie de liberté d'expression devraient s'appliquer en matière d'éducation religieuse des enfants.

Le parent gardien n'a pas le «droit» d'apporter des restrictions au droit d'accès. La seule question qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit de restrictions au droit d'accès est l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien a l'obligation de prendre certaines décisions fondamentales en matière d'éducation (susceptibles de toucher à des questions religieuses), mais cela ne signifie pas nécessairement l'exclusion des contacts à caractère religieux entre l'enfant et l'autre parent de confession différente. Le non-consentement de l'enfant à l'enseignement que lui prodigue le parent qui y a accès n'empêche pas nécessairement que cet enseignement soit dans son intérêt.

En première instance, on n'a pas pris en considération l'avantage que les enfants pourraient avoir à connaître leur père tel qu'il est, savoir un homme profondément religieux attaché à la foi des Témoins de Jéhovah, et on n'a fait aucun renvoi à la directive du législateur que l'enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contact compatible avec son propre intérêt. La question de savoir s'il y avait une preuve quelconque d'un risque de préjudice susceptible d'annihiler l'avantage pour les enfants d'avoir pleinement accès aux valeurs de leur père, dont ses valeurs religieuses, n'a pas été examinée adéquatement. Certes, dans certaines circonstances, le droit d'accès peut être limité pour des motifs autres que le préjudice; dans les cas toutefois où la question porte sur l'opportunité de restreindre des discussions et des activités entièrement licites entre le parent ayant le droit d'accès et l'enfant, il incombe au juge de vérifier si la conduite fait courir à l'enfant le risque de subir un préjudice. Il n'a pas été établi en preuve que les enfants subissaient un préjudice.

L'ordonnance limitant le droit d'accès de l'intimé n'était pas nécessaire vu son engagement et l'ordonnance lui enjoignant de ne pas s'opposer à des transfusions sanguines était inutile en pratique. Les parents devraient s'abstenir de dénigrer la religion de l'autre, mais il pourrait être préférable de laisser la question à leur bon jugement.

*Le juge Sopinka:* Bien que le critère ultime dans les questions de garde et d'accès soit celui de «l'intérêt de l'enfant», celui-ci doit être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un texte général dans une loi qui, par sa portée, est susceptible de conférer le pouvoir de ne pas tenir compte de valeurs protégées par la *Charte* doit être interprété de manière à respecter ces valeurs. En l'espèce, l'interprétation du critère de l'intérêt doit permettre que la liberté d'expression religieuse garantie par la *Charte* ne soit écartée que si son exercice est susceptible d'entraîner des conséquences qui occasionnent plus que des inconvénients, des changements et des perturbations à l'enfant et, indirectement, au parent qui en a la garde.

La valeur à long terme que représente pour un enfant une relation valable avec ses parents est un principe confirmé par la *Loi sur le divorce*. Il en découle que chaque parent doit pouvoir exercer les activités qui contribuent à l'identifier tel qu'il est vraiment. Le parent ayant le droit d'accès ne doit pas jouer un rôle ou adopter un faux mode de vie pendant les périodes d'accès. Le principe qui encourage les activités susceptibles d'entraîner une relation valable n'est pas écarté à moins qu'il n'y ait un risque important de préjudice pour l'enfant.

L'intérêt de l'enfant est mieux servi par une règle qui reconnaît son droit d'avoir, après le divorce, une relation valable avec ses deux parents. Le partage des «droits» entre le parent qui a la garde et celui qui a le droit d'accès doit être tel qu'il encourage cette relation. Cette interprétation est incompatible avec la pure notion traditionnelle en vertu de laquelle le parent ayant la garde jouit d'un contrôle absolu sur l'enfant, même lorsque l'autre parent exerce son droit d'accès.

Le terme «préjudice», dans ce contexte, sous-entend un effet néfaste sur la manière d'élever l'enfant qui est plus que transitoire. Il faut démontrer que l'activité contestée exercée par le parent ayant le droit d'accès entraîne un risque important que le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant subisse un effet néfaste. Le fait d'exposer un enfant à de nouvelles expériences et à de nouvelles idées peut le déranger et lui causer un désagrément considérable. Cela ne veut pas dire toutefois que ces expériences ne sont pas, à long terme, dans l'intérêt de l'enfant. De même, un conflit entre les parents sur un grand nombre de questions, dont la religion, n'est pas inhabituel, mais en soi, il ne peut être présumé préjudiciable à moins qu'il ne crée un climat d'acrimonie prolongé.

---

Lorsqu'on applique le critère de l'intérêt de l'enfant pour restreindre l'expression religieuse, il faut démontrer l'existence du risque de préjudice grave. Le critère prévu au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* ne constitue pas une limite à la liberté d'expression religieuse. Cette liberté ne peut être invoquée pour protéger une conduite qui est préjudiciable pour les autres. Toutefois, il ne convient pas d'élargir le concept du préjudice pour arriver à la conclusion que tout ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant est préjudiciable au sens de l'al. 2b) et n'est donc pas protégé par la *Charte*.

#### Questions financières et dépens

*Le juge McLachlin*: Le juge qui veut octroyer une prestation sous forme de capital doit en fixer la somme en conformité avec les principes applicables en la matière. L'objectif de parvenir à transférer à l'épouse tous les droits sur le domicile conjugal ne suffit pas à justifier l'octroi d'une telle prestation; il en faut davantage. En l'espèce, une ordonnance en vertu de l'art. 51 de la *Family Relations Act*, octroyant à l'appelante une partie plus grande des biens familiaux était amplement justifiée compte tenu que, pendant une très longue période, l'intimé n'avait contribué que peu, sinon pas du tout, à l'entretien de sa famille. Les dettes contractées pendant cette période peuvent constituer un élément justifiant la réduction des droits de l'intimé sur les biens familiaux. La maison n'avait pas une grande valeur nette et l'intimé a été autorisé à garder d'autres biens.

Le juge de première instance, en effectuant une nouvelle répartition de facto des biens familiaux dans l'intérêt de la justice, comme le permettaient les faits et le droit, n'a pas expressément évoqué les facteurs sur lesquels se fondait cette répartition. Cette omission ne devrait pas être un motif suffisant pour ordonner un nouveau procès, étant donné la durée et le coût du présent litige. Il y aurait lieu de confirmer le résultat auquel est arrivé le juge de première instance au motif que la preuve peut justifier qu'elle ait décrété un nouveau partage des droits des parties dans les biens familiaux de façon à accorder à l'appelante l'entière propriété du foyer conjugal.

La somme due par la compagnie familiale de joaillerie n'était pas, en droit, une dette dont l'intimé était personnellement responsable. C'est la compagnie seule qui en est responsable. Il n'est pas non plus possible d'imputer à l'intimé la dette qu'a contractée l'appelante pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants avant de faire une demande de pension, bien qu'on puisse en tenir compte pour réduire les intérêts de l'intimé dans les biens familiaux.

Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties. Le peu de fondement d'une demande et le fait qu'une partie des frais soit payée par des tiers ne constituent pas des raisons d'accorder les dépens sur cette base.

L'avocat de l'intimé n'aurait pas dû être condamné aux dépens. Les dépens sont accordés en vue d'indemniser la partie ayant gain de cause, et non de punir un avocat. Tout membre de la profession juridique peut faire l'objet d'une ordonnance compensatoire pour les dépens s'il est établi que les procédures dans lesquelles il a agi ont été marquées par la production de documents répétitifs et non pertinents, de requêtes et de motions excessives, et que l'avocat a agi de mauvaise foi en encourageant ces abus et ces délais. Les tribunaux ont compétence en la matière, souvent en vertu d'une loi et en vertu de leur pouvoir inhérent de réprimer l'abus de procédures et l'outrage au tribunal. En dépit de sa longueur et de son climat acrimonieux, la présente instance n'a pas été marquée par ce genre de faute. De plus, les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un avocat aux dépens, vu l'obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d'être condamné aux dépens pourrait l'empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge.

La Société n'ayant pas été constituée partie, il faut présumer que les dépens qui lui ont été imposés sont l'équivalent d'une indemnité accordée pour soutien délictueux. Pour qu'il y ait soutien délictueux, il faut qu'il y ait intervention «officieuse ou illégitime». L'aide financière que fournit un justiciable sans être l'une des parties ne constituera pas toujours un soutien délictueux. On doit distinguer, à cet égard, les cas du parent qui apporte des fonds ou de celui qui agit dans un but charitable du cas de la personne qui, volontairement et de façon illégitime, attise les litiges et les querelles. L'appui de la société s'inspirait de «considérations charitables et religieuses» et ne constituait pas un soutien délictueux. Elle n'a pas agi au nom de l'intimé en vue d'esquiver sa responsabilité au chapitre des dépens. L'intérêt

---

qu'avait la société à cet égard ne suffit pas à la distinguer des intervenants qui comparaissent dans des affaires constitutionnelles et qui n'ont jamais été tenus aux dépens.

*Les juges La Forest et Gonthier:* Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour ce qui est des questions relatives aux biens et à l'argent et des principes régissant les dépens.

*Les juges Iacobucci et Cory:* Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour ce qui est des questions relatives aux biens, à l'argent et aux dépens.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* Les motifs du juge de première instance sont acceptés pour ce qui est des questions relatives à l'obligation alimentaire, à la répartition des biens et aux dépens.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, 75 D.L.R. (4th) 46, qui a accueilli en partie l'appel contre une décision du juge Proudfoot (1989), 24 R.F.L. (3d) 193. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* ne portent pas atteinte aux al. 2a), b) ou d) ni au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les restrictions à l'accès sont annulées (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents). La partie du jugement qui concerne les biens et les questions financières ainsi que les dépens est modifiée (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente).

*Lorne N. MacLean et Fred C. Lowther, pour l'appelante.*

*W. Glen How, c.r., et Sarah E. Mott-Trille, pour l'intimé James K. C. Young.*

*Gordon Turriff, pour l'intimé W. Glen How.*

*John M. Burns et Linda How, pour l'intimée Watch Tower Bible & Tract Society.*

*Brian Evernden, pour l'intervenant le procureur général du Canada.*

*Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.*

*Monique Rousseau et Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.*

*Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.*

Mémoire seulement du procureur général de la Colombie-Britannique.

*Gerald D. Chipeur et Karnick Doukmetzian, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.*

*Procureurs de l'appelante: MacLean, Nicol & Wong, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé James K. C. Young: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

*Procureurs de l'intimé W. Glen How: Douglas, Symes and Brissenden, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Watch Tower Bible & Tract Society: Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

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

*Procureur de l'intervenante la Law Society of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada: Milner, Fenerty, Edmonton.*

---

---

*Hy and Zel's Inc. et al v. Attorney General for Ontario (Ont.)(22556) - and between - Paul Magder Furs Ltd., et al v. Attorney General for Ontario, et al (Ont.)(22559)*

**Indexed as: Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General); Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General) / Répertoire: Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général); Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)**

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

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

*Practice -- Standing -- Act defining holiday and restricting shopping on those defined holidays -- Corporate Charter challenge alleging infringement of freedom of religion following convictions for breach of Act -- Declaration sought that Act unconstitutional -- Application stayed pending decision in similar case but brought on following finding of constitutionality -- Constitutional questions querying whether freedom of religion infringed and, if so, whether infringement justified -- Whether corporations had standing to seek declaration of unconstitutionality -- Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 1(1)(a), 2(2), 8(1), (2).*

The *Retail Business Holidays Act* restricts holiday shopping and defines "holiday". The Act has been defied by many retailers, notwithstanding a finding of constitutional validity, and each amendment subsequent to this finding has been seen as dealing a fatal blow to its constitutionality.

The Attorney General for Ontario applied under s. 8 of the *Retail Business Holidays Act* for an order requiring Paul Magder Furs Ltd. and two other retailers to close on the following Sunday (Christmas Eve), Christmas Day, and Boxing Day. In response, Paul Magder Furs Ltd., together with some 30 employees not named in the s. 8 application, brought a civil application in the High Court against the Attorney General (the "Magder application") requesting declarations that s. 2(2) of the Act was unconstitutional and that the employee applicants had a right to work on the holidays stated in the Act. The Magder application requested a hearing at the same time as the s. 8 application and relied on the material filed in the Attorney General's s. 8 application. An interim s. 8 order requiring Paul Magder Furs Ltd. to close on holidays as defined in the Act was granted given that firm's deliberate and persistent breaches of the Act. The Ontario Court of Appeal quashed an appeal of the interim order on jurisdictional grounds and adjourned *sine die* an appeal from a finding of contempt which was made when the firm remained open in violation of the interim order. That court later ruled that the notice of appeal did not stay the imposition of fines under the contempt order and refused Paul Magder Furs Ltd.'s application to bring the s. 8 application back on for hearing because of its continuing contempt of court.

The Regional Municipality of Halton brought a s. 8 application against Hy & Zel's Inc. The Attorney General later intervened and took over the action. In response to the s. 8 application, the principals of Hy & Zel's Inc. brought a civil application requesting, among other things, a declaration that s. 2(2) of the Act was invalid. Hy and Zel's Inc. subsequently brought a new application against the Attorney General, with over 100 of its employees, seeking declarations that s. 2(2) of the Act was unconstitutional, that the Act was unconstitutional and that the employee applicants have a right to work on holidays. This application relied on material filed in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*, plus some additional affidavit evidence.

The applications of both firms were stayed until a judgment was rendered in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* This case involved a similar s. 8 application and applications for declaratory relief. Both the Magder and the Hy & Zel applications were set for hearing following the Court of Appeal's finding the Act to be constitutional in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* The constitutional questions here queried whether the *Retail Business Holidays Act* infringed religious freedom guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or equality rights guaranteed by s. 15, and if so, whether the infringements were justified under s. 1.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

---

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and **Major JJ.**: In order for the Court to exercise its discretion to grant standing in a civil case, where the party does not claim a breach of its own *Charter* rights but those of others, a serious issue must be raised as to the Act's validity, the appellants must be directly affected by the Act or have a genuine interest in its validity, and no other reasonable and effective way can exist for bringing the Act's validity before the court.

A serious issue was raised here. It was assumed for purposes of this appeal only that the numerous amendments enacted in the years since the Act was upheld in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* have sufficiently altered the Act that the Act's validity was no longer a foregone conclusion.

The Act had a direct effect on the appellants. While the Act affects all Ontarians by limiting shopping on defined holidays, only retailers and retail employees were subject to prosecution for its violation.

Other reasonable and effective ways to bring the issue before the court existed. Since both applications presented almost no original evidence in support of their claim, and relied on evidence filed in the Attorney General's s. 8 application (the Magder application) or in *Peel (Regional Municipality) v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (the Hy and Zel application), a more reasonable and effective matter of bringing this matter before the court may exist. The nature of the Act did not assist the appellants. The Act did not discourage challenges and so create a situation where no party directly affected could reasonably be expected to challenge the legislation. The party seeking to challenge the Act must show that there is no other reasonable and effective means of bringing the matter before the court.

Appellants did not have standing on the basis that their own religious rights have been violated. Even if it is assumed that corporations can have religious rights, there was no evidence or allegation that appellants' rights were violated. *Charter* decisions cannot be made in a factual vacuum. In the absence of facts specific to the appellants, both the Court's ability to ensure that it hears from those most directly affected and that *Charter* issues are decided in a proper factual context are compromised.

This was not a proper case for deciding the extent to which the test for standing in *Smith v. Attorney General of Ontario* survived the more liberal views relating to public interest standing. No evidence was presented as to how appellants suffered exceptional prejudice under the earlier test.

*Per L'Heureux-Dubé* and McLachlin JJ. (dissenting): Given the procedural history of this appeal, the understanding of the appellants that this litigation was to proceed as a test case and, in particular, its effect on the large number of outstanding charges presently facing the appellants in the lower courts which raise the same constitutional issue, this is an appropriate case for this Court to exercise its discretion to grant the appellants standing. This conclusion is buttressed by a consideration of both the special and continuing effect of the Act on the appellants in this litigation, the goals of efficiency in the administration of justice and the costs to society and the parties involved of further litigation on the same issue as well as the general rationale underlying the rules of standing. Recognition of the practical and financial impediments to challenging this legislation that would face the appellant employees without the assistance of the corporate appellants militates in favour of granting standing to those appellants.

Standing and the entitlement to the relief sought must be differentiated. Standing is a threshold question involving the recognition of entitlement to come before the court and it must remain, both conceptually and factually, distinct from the court's rulings after hearing the appeal.

*R. v. Big M Drug Mart Ltd.* did not decide the question of standing here. Its *ratio* of this case is the positive right of a corporation to rely on the *Charter* rights of others in defence to a criminal charge. The Court did not consider whether corporations have rights under s. 2(a) because it would be irrelevant since no one could be convicted under an unconstitutional law. Neither *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* nor *Irwin Toy v. Quebec (Attorney General)* suggests that the Court's rulings on the *Charter* rights of corporations affects their standing to challenge a perceived infringement of their constitutional right.

---

The "exceptional prejudice" rule articulated in *Smith v. Attorney General of Ontario*, required a plaintiff challenging a law of general application to establish that the legislation had a greater impact on the plaintiff than on the public at large and that the plaintiff had an interest affecting his or her personal, proprietary or pecuniary rights. The Attorney General, as a corollary, was assumed to act as the guardian of the public interest. The trilogy of *Thorson v. Attorney General of Canada*, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, and *Minister of Justice of Canada v. Borowski* greatly broadened access to the courts and removed the categorical barriers to standing. The courts increasingly look beneath the rules governing standing and consider whether the legislation would immunized from attack and whether it could be attacked by private litigants removing the need for public interest standing.

The rules regarding public interest standing, which were advanced in the trilogy to liberalize access to the courts, do not govern litigants falling squarely within the rule in *Smith*. Litigants are still entitled to standing as long as they are able to establish that they are "exceptionally prejudiced" by the legislation's effect on their private rights. The general rule in *Smith* also applies to litigants seeking declarations under the *Charter*. Standing must also be available to parties facing criminal or quasi-criminal procedures to challenge the constitutionality of the legislation. The appellants here fall squarely into the category of "public interest litigants" but they are better described as persons who experience "exceptional prejudice" under the Act.

A flexible approach allowing courts to respond to a spectrum of concerns affecting both the parties and the administration of justice should prevail over a strict, no-exception approach. Citizens have an interest in the constitutionally sound behaviour on the part of the legislatures and where the constitutionality of legislation is at issue, the primary focus is on the law itself, and not on the position of the parties. In resolving standing, the Court should take a purposive and functional rather than categorical approach and resort the concerns, which underlie the restrictions on standing such as the multiplicity of suits and judicial economy, should be considered.

A challenge to the constitutionality of a law (assuming that it involves no remedy other than a finding of invalidity) must be governed by the same rules of standing and procedure, regardless of whether the challenge is based on federal or *Charter* grounds. Corporations, because they may not invoke *Charter* rights, face obstacles in bringing a *Charter* challenge that do not exist in division of power challenges. There is no reason in principle, however, to adhere rigidly to a rule which automatically bars challenges to legislation directly affecting a corporate plaintiff simply on the ground that the impugned aspect of the legislation does not directly affect it. As the constitutionality of the law may be raised in defence, the question should be whether the plaintiff has sufficient interest in the outcome of a constitutional challenge. The overriding concern is whether governments have respected the limits of their constitutional authority. Technical barriers to standing based on such grounds as the mode of proceeding chosen cannot be sustained on the level of principle.

The ability of other litigants to bring the issue before the courts should not operate as an automatic and inflexible bar to the court's discretion to grant standing. Consideration should be given in assessing the benefits of proceeding with the constitutional challenge and the prejudice to the appellants in refusing standing late in the proceedings, particularly where the party seeking standing is already before the courts.

The question of the application of s. 15 rights to corporations or to the legislation challenged in this case has not yet been addressed by the Court. As the appellants are the appropriate parties to raise a s. 15 argument in this context and leave was granted by this Court on the issue, no basis for denying standing existed.

The appellants can rely on the record of other parties raising identical legal issues in what are essentially identical circumstances. The nature of the evidence is not generally an issue that bears on the question of standing. Particularly in constitutional cases, background evidence of a general nature may be relevant to set the context of the issue quite apart from the position of the specific parties. More importantly, it would unquestionably be prejudicial to the appellants to have been permitted to rely on this record all along, only to be told at this stage that they will be denied standing for this reason.



---

The appellant retail employees should not be denied standing for want of evidence to establish standing. Deciding the appeal in a factual vacuum is not an issue at this stage. A court's concern at this stage of the proceedings is whether there is enough material to assess the "nature of the interest" which the plaintiff is asserting. This does not necessarily entail an examination of the evidence. The only effective way for the retail employees to bring an issue before the court, given the expense, may be to join the application with an application brought by others. The employees are affected by the Act's provisions even if they are unlikely to be charged under the Act and their rights under the Act as guaranteed by ss. 2(a) and 15 of the *Charter* remain an open question.

APPEAL (*Hy and Zel's Inc. et al. v. Attorney General for Ontario*, S.C.C. File No. 22556) from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Potts J. dismissing an application for declaratory relief. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

APPEAL (*Paul Magder furs Ltd. et al. v. Attorney General for Ontario*, S.C.C. File No. 22559) from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Potts J. dismissing an application for declaratory relief. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*Timothy S. B. Danson and Julian N. Falconer*, for the appellants.

*Elizabeth C. Goldberg and Hart Schwartz*, for the respondent.

*Solicitors for the appellants: Danson, Recht & Freedman, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.*

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

*Pratique -- Qualité pour agir -- Loi définissant les jours fériés et limitant le magasinage pendant ces jours fériés -- Contestation fondée sur la Charte dans laquelle des personnes morales allèguent qu'une atteinte à la liberté de religion résulte de déclarations de culpabilité pour violation de la Loi -- Requête visant à obtenir un jugement déclarant que la Loi est inconstitutionnelle -- Requête suspendue en attendant qu'une décision soit rendue dans une affaire semblable, puis déposée à la suite d'une constatation de constitutionnalité -- Questions constitutionnelles visant à déterminer s'il y a eu atteinte à la liberté de religion et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée -- Les personnes morales ont-elles qualité pour demander un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité? -- Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, ch. 453, art. 1(1)a), 2(2), 8(1), (2).*

La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* limite le magasinage les jours fériés et définit l'expression «jour férié». Cette loi a été défiée par de nombreux détaillants même si elle avait été jugée constitutionnelle, et chaque modification subséquente a été perçue comme un coup fatal à sa constitutionnalité.

Le procureur général de l'Ontario a invoqué l'art. 8 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* pour demander la délivrance d'une ordonnance enjoignant à Paul Magder Furs Ltd. et à deux autres détaillants de fermer leurs portes le dimanche suivant (la veille de Noël), le jour de Noël et le lendemain de Noël. Paul Magder Furs Ltd. et une trentaine d'employés qui ne sont pas nommés dans la requête fondée sur l'art. 8 ont réagi en déposant, devant la Haute Cour, une requête au civil contre le Procureur général (la «requête de Magder») en vue d'obtenir des jugements déclarant que le par. 2(2) de la Loi est inconstitutionnel et que les employés requérants ont le droit de travailler les jours fériés énoncés dans la Loi. Dans la requête de Magder, qui reposait sur les mêmes documents que la requête du Procureur général fondée sur l'art. 8, on demandait que ces deux requêtes soient entendues en même temps. En raison des violations délibérées et persistantes de la Loi par cet établissement, la cour s'est fondée sur l'art. 8 pour rendre une ordonnance provisoire enjoignant à Paul Magder Furs Ltd. de fermer ses portes les jours fériés définis dans la Loi. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé l'appel interjeté contre l'ordonnance provisoire pour des motifs de compétence et a ajourné *sine die*

---

l'appel de la condamnation pour outrage au tribunal prononcée lorsque l'établissement a continué d'ouvrir ses portes contrairement à l'ordonnance provisoire. Cette cour a par la suite statué que l'avis d'appel ne mettait pas fin à l'imposition d'amendes pour outrage au tribunal et a rejeté la requête présentée par Paul Magder Furs Ltd. afin que soit entendue la requête fondée sur l'art. 8, pour le motif que cet établissement continuait de violer l'ordonnance provisoire.

La municipalité régionale de Halton a déposé contre Hy & Zel's Inc. une requête fondée sur l'art. 8. Le Procureur général est par la suite intervenu et a pris en charge l'action. En réponse à la requête fondée sur l'art. 8, les dirigeants de Hy & Zel's Inc. ont déposé une requête au civil en vue d'obtenir notamment un jugement déclarant que le par. 2(2) de la Loi était invalide. Puis Hy & Zel's Inc. et plus de 100 de ses employés ont déposé une nouvelle requête contre le Procureur général en vue d'obtenir des jugements déclarant que le par. 2(2) de la Loi est inconstitutionnel, que la Loi est inconstitutionnelle et que les employés requérants ont le droit de travailler les jours fériés. Cette requête était fondée sur les documents déposés dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* et sur d'autres éléments de preuve par affidavit.

Les requêtes des deux établissements ont été suspendues jusqu'à ce que jugement soit rendu dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* qui portait sur une requête semblable fondée sur l'art. 8 et des demandes de jugement déclaratoire. L'audition des requêtes de Magder et de Hy & Zel a été fixée après que la Cour d'appel eut statué que la Loi était constitutionnelle dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*. Les questions constitutionnelles formulées en l'espèce sont les suivantes: la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15? Et, dans l'affirmative, ces atteintes sont-elles justifiées en vertu de l'article premier?

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Les pourvois sont rejetés.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et **Major**: Pour que les tribunaux puissent exercer leur pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans une affaire civile où la partie prétend qu'il y a eu non pas violation de ses propres droits en vertu de la *Charte*, mais violation des droits d'autrui, il doit se poser une question sérieuse quant à la validité de la mesure législative, les appelants doivent être directement touchés par la mesure législative ou avoir un intérêt véritable dans sa validité et il ne doit y avoir aucune autre manière raisonnable et efficace de soumettre aux tribunaux la question de la validité de la mesure législative.

Une question sérieuse a été soulevée en l'espèce. Pour les fins des présents motifs seulement, on a tenu pour acquis que les nombreuses modifications apportées au fil des ans, depuis que la Loi a été maintenue dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, l'ont suffisamment changée pour que sa validité ne soit plus assurée.

La Loi touchait directement les appelants. Bien que la Loi touche tous les Ontariens en limitant le magasinage les jours fériés définis, seuls les détaillants et les employés du commerce de détail sont passibles de poursuites en cas d'inobservation de ses dispositions.

Il existait d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question aux tribunaux. Puisque les deux requêtes ne présentaient pratiquement aucun élément de preuve à l'appui des prétentions qu'elles contenaient et reposaient sur la preuve produite dans la requête du Procureur général fondée sur l'art. 8 (la requête de Magder) ou dans l'affaire *Peel (Regional Municipality) c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* (la requête de Hy and Zel), il peut y avoir une manière plus raisonnable et plus efficace de soumettre cette question aux tribunaux. La nature de la Loi n'était d'aucune utilité aux appelants. La Loi ne décourageait pas la contestation de manière à engendrer une situation où on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'une partie directement touchée la conteste. La partie qui cherche à contester la Loi doit démontrer qu'il n'existe aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux.

Les appelants n'avaient pas qualité pour agir du fait que leurs propres droits religieux avaient été violés. Même en supposant que les personnes morales peuvent avoir des droits religieux, il n'y avait aucune preuve et il n'était pas allégué que les droits des appelants avaient été violés. Les décisions relatives à la *Charte* ne sauraient être rendues dans un vide

---

factuel. L'absence de faits propres aux appelants compromet la capacité de la Cour de s'assurer qu'elle entend ceux qui sont le plus directement touchés et que les questions relatives à la *Charte* sont tranchées dans un contexte factuel approprié.

Ce n'était pas le bon cas pour déterminer la mesure dans laquelle le critère de la qualité pour agir énoncé dans l'arrêt *Smith c. Attorney General of Ontario* survivait aux opinions plus libérales relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public. Aucun élément de preuve n'a été présenté sur la façon dont les appelants ont subi un préjudice exceptionnel selon le critère de l'arrêt *Smith*.

Les juges **L'Heureux-Dubé** et McLachlin (dissidentes): Compte tenu de l'historique des procédures du présent pourvoi, du fait que les appelants comprenaient que le présent litige constituerait une cause type et, en particulier, de son effet sur le grand nombre d'accusations pendantes devant les tribunaux d'instance inférieure, auxquelles les appelants font face actuellement et qui soulèvent la même question constitutionnelle, il est approprié que notre Cour exerce ici son pouvoir discrétionnaire de reconnaître aux appelants la qualité pour agir. Cette conclusion est étayée par un examen de l'effet spécial et permanent que la Loi a sur les appelants en l'espèce, par les objectifs d'efficacité dans l'administration de la justice et par les coûts qu'engendrent, pour la société et les parties en cause, des litiges supplémentaires sur la même question, de même que par la philosophie qui sous-tend les règles de la qualité pour agir. La reconnaissance des obstacles pratiques et financiers à la contestation de cette mesure législative auxquels feraient face les employés appelants s'ils ne jouissaient pas de l'aide des personnes morales appelantes constitue une raison de reconnaître à ces appelants la qualité pour agir.

Il faut établir une distinction entre la qualité pour agir et le droit au redressement recherché. La qualité pour agir est une question préliminaire qui comporte la reconnaissance du droit de se présenter devant la cour et elle doit, en théorie comme en pratique, demeurer distincte des décisions que la cour rend après avoir entendu l'appel.

L'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* n'a pas tranché la question de la qualité pour agir en l'espèce. Sa *ratio* repose sur le droit positif qu'à une personne morale d'opposer comme moyen de défense à une accusation criminelle les droits que la *Charte* garantit à autrui. La Cour n'a pas examiné la question de savoir si les personnes morales ont des droits en vertu de l'al. 2a) parce que ce ne serait pas pertinent étant donné que nul ne pourrait être déclaré coupable en vertu d'une loi inconstitutionnelle. Rien ne porte à croire, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* ou dans l'arrêt *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, que les décisions de notre Cour sur les droits des personnes morales influent sur leur qualité pour faire valoir que leurs droits constitutionnels ont été violés.

Selon la règle du «préjudice exceptionnel» énoncée dans l'arrêt *Smith c. Attorney General of Ontario*, un demandeur devait, pour contester une loi d'application générale, établir que cette loi avait sur lui un effet plus grand que celui qu'elle avait sur le grand public et qu'il avait dans la loi en question un intérêt touchant ses droits personnels ou pécuniaires, ou encore ceux qu'il possédait en tant que propriétaire. Comme corollaire, le Procureur général était présumé agir à titre de gardien de l'intérêt public. La trilogie d'arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada*, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, et *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, a élargi considérablement l'accès aux tribunaux et de supprimer les obstacles à la qualité pour agir qui sont fondés sur une catégorie. Les tribunaux scrutent de plus en plus les règles qui régissent la qualité pour agir et examinent si la mesure législative serait à l'abri des contestations et si elle pourrait être contestée par un particulier, éliminant ainsi la nécessité de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

Les règles relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public, qui ont été formulées dans la trilogie pour élargir l'accès aux tribunaux, ne régissent pas les parties qui relèvent carrément de la règle énoncée dans l'arrêt *Smith*. Les parties ont encore droit à la qualité pour agir, en autant qu'elles sont capables d'établir que l'effet de la mesure législative sur leurs droits privés leur cause un «préjudice exceptionnel». La règle générale énoncée dans l'arrêt *Smith* s'applique aussi aux parties qui demandent des jugements déclaratoires fondés sur la *Charte*. La qualité pour agir doit pouvoir aussi être reconnue aux parties exposées à des poursuites criminelles ou quasi criminelles aux fins de contester la constitutionnalité de la mesure législative. En l'espèce, les appelants tombent carrément dans la catégorie des parties à un litige d'intérêt public, mais il est préférable de les décrire comme des personnes qui subissent un «préjudice exceptionnel» en vertu de la Loi.

---

Une approche souple qui permette aux tribunaux de répondre à une gamme de préoccupations touchant à la fois les parties et l'administration de la justice doit l'emporter sur une approche stricte qui ne laisse place à aucune exception. Les citoyens ont intérêt à ce que les législateurs se comportent de façon appropriée sur le plan constitutionnel et, lorsque la constitutionnalité d'une mesure législative est en cause, c'est sur la mesure législative elle-même et non sur la situation des parties que doit principalement porter l'examen. Pour régler la question de la qualité pour agir, la cour devrait aborder la qualité pour agir d'une façon pratique et fondée sur l'objet visé plutôt que d'une façon fondée sur une catégorie, et recourir aux préoccupations qui sous-tendent les restrictions apportées à la qualité pour agir, comme la multiplicité des poursuites et l'économie judiciaire.

La contestation de la constitutionnalité d'une loi (en supposant que l'instance ne vise rien d'autre qu'une conclusion d'invalidité) doit être régie par les mêmes règles en matière de qualité pour agir et de procédure, indépendamment de la question de savoir si la contestation repose sur des motifs d'ordre fédéral ou sur des moyens fondés sur la *Charte*. Du fait qu'elles ne peuvent invoquer des droits garantis par la *Charte*, les personnes morales doivent, en procédant à une contestation fondée sur la *Charte*, surmonter des obstacles qui n'existent pas dans le cas d'attaques relatives au partage des compétences. En principe cependant, il n'y a aucune raison d'adhérer strictement à une règle qui empêche automatiquement de contester une mesure législative qui touche directement une personne morale demanderesse, pour le seul motif que l'aspect contesté de la mesure législative ne la touche pas directement. Puisque la constitutionnalité de la mesure législative peut être opposée comme moyen de défense, la question devrait plutôt être de savoir si le demandeur a un intérêt suffisant dans l'issue d'une attaque constitutionnelle. On se préoccupe d'abord et avant tout de savoir si les gouvernements ont respecté les limites de leur compétence constitutionnelle. Les obstacles techniques à la qualité pour agir, fondés sur des motifs comme la façon dont on a choisi de procéder, ne sauraient être maintenus en principe.

La capacité qu'ont d'autres parties de soumettre la question à la cour ne doit pas avoir pour effet d'empêcher, de façon automatique et stricte, la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir. Il y a lieu de soupeser les avantages de procéder à la contestation constitutionnelle en fonction du préjudice que pourrait causer aux appelants le refus de leur reconnaître la qualité pour agir à un stade avancé des procédures, particulièrement dans un cas où la partie qui demande la qualité pour agir est déjà devant les tribunaux.

Notre Cour n'a pas encore abordé la question de l'application des droits garantis par l'art. 15 aux personnes morales ou à la mesure législative attaquée en l'espèce. Comme les appelants sont les parties appropriées pour avancer un argument fondé sur l'art. 15 dans le présent contexte et que l'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée sur la question, il n'existait aucun motif de leur refuser la qualité pour agir.

Les appelants peuvent se fonder sur le dossier d'autres parties qui soulève des points de droit identiques dans des circonstances essentiellement identiques. La nature de la preuve n'est pas généralement une question qui influe sur celle de la qualité pour agir. Dans les affaires constitutionnelles en particulier, les éléments de preuve documentaire de nature générale peuvent être pertinents pour établir le contexte de la question en litige, tout à fait indépendamment de la situation des parties en présence. Qui plus est, les appelants subiraient incontestablement un préjudice si, après leur avoir permis depuis le début de se fonder sur ce dossier, on leur disait, à ce stade, que la qualité pour agir leur sera refusée pour cette raison.

Les employés du commerce de détail appelants ne devraient pas se voir refuser la qualité pour agir en raison de l'absence de preuve établissant qu'ils ont cette qualité. Il n'est pas question, à ce stade, de trancher le pourvoi dans un vide factuel. Ce qui préoccupe la cour, à cette étape des procédures, est la question de savoir s'il y a suffisamment d'éléments pour évaluer la «nature de l'intérêt» que le demandeur invoque. Cela n'emporte pas nécessairement un examen de la preuve. Le seul moyen efficace dont disposent les employés du commerce de détail pour saisir les tribunaux d'une question, compte tenu des frais en cause, peut être de joindre leur requête à celle d'autres requérants. Même si les employés risquent peu de faire l'objet d'accusations en vertu de la Loi, ils n'en sont pas moins touchés par ses dispositions et la question de l'effet de la Loi sur les droits que leur garantissent l'al. 2a) et l'art. 15 de la *Charte* demeure entière.

POURVOI (*Hy and Zel's Inc. et autres c. Procureur général de l'Ontario*, C.S.C., n° du greffe 22556) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une décision du juge Potts qui avait rejeté une demande de jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

POURVOI (*Paul Magder Furs Limited. et autres c. Procureur général de l'Ontario*, C.S.C., n° du greffe 22559) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une décision du juge Potts qui avait rejeté une demande de jugement déclaratoire. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*Timothy S. B. Danson et Julian N. Falconer*, pour les appelants.

*Elizabeth C. Goldberg et Hart Schwartz*, pour l'intimé.

*Procureurs des appelants: Danson, Recht & Freedman, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

---

---

*Le Conseil Canadien des Relations du Travail c. Nolisair International Inc. (C.A.F.)(Qué.)(21429)*

**Indexed as: Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. /**

**Répertorié: Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Association canadienne des pilotes de lignes aériennes**

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

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

*Labour relations -- Canada Labour Relations Board -- Jurisdiction -- Board ordering employers to produce documents during investigation of union's application for amendment of certification -- Whether Board's power to compel production of documents may be exercised only in context of formal hearing -- Standard of review applicable to Board's order -- Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118(a), 121.*

Following various arrangements effected by the respondent airlines, the pilots' union brought an application to the Canadian Labour Relations Board requesting a declaration that the respondents were now a "single employer" or, alternatively, that there had been a sale of a business. During its investigation in preparation for the hearing, the Board made an informal request to the respondents for the production of certain documents and information. When the respondents refused to comply, the Board issued an order, pursuant to ss. 118(a), (f) and 121 of the Code, to compel them to deliver the documents and information requested. The respondents then filed an application for judicial review with the Federal Court of Appeal. The court allowed the application and set aside the Board's order, holding that the Board did not have the power under ss. 118 or 121 of the Code to compel the production of documents and sworn written testimony prior to and outside a hearing before the Board.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Iacobucci JJ.: The issue in this case goes to the jurisdiction of the Board. It follows that the standard governing judicial review of the Board's order is one of correctness.

The scope of the power granted by s. 118(a) of the Code is clear from the plain meaning of the words of that section: the Board may exercise its power to compel the production of documents only in the context of a formal hearing. The structure and nature of s. 118(a) support this conclusion. The structure of the section makes the power to compel the production of documents a part of a complete process which is limited to a formal hearing to which witnesses may be summoned and where they may give evidence on oath. The power is coercive in nature and the limits placed on its exercise by s. 118(a) must be respected. Unlike superior courts, the Board has no inherent jurisdiction. The power is also judicial in character. To extend its application to an administrative context would be an exceptional enlargement of its scope and would require clear wording to that effect. Finally, when the Board's administrative and judicial functions are considered, the confinement of the power to compel the production of documents only to the context of a formal hearing is not inconsistent with the purposes and role of the Board.

The scope of s. 118(a) cannot be enlarged by s. 118(f). Paragraph (f) is permissive in nature and does not empower the Board to compel the production of documents when a person refuses to do so. Similarly, the reference to "written evidence" in s. 118(a) does not broaden its scope. Written testimony was historically and is still in certain contexts an effective and accurate means for presenting evidence. The modernization of the phrasing of the section, including the removal of the words "before them" with regard to the compulsion of attendance of witnesses, cannot be taken as a basis for ignoring all the other aspects of the provision which indicate that it is concerned with the powers of the Board in the context of a hearing. The fact that the Board is under no general duty to hold hearings does not require that its powers be interpreted so that it need never do so.

Section 121 of the Code -- a general provision which empowers the Board to make orders requiring compliance with the provisions of Part V -- does not include a power to compel the production of documents outside the context of a formal hearing. The general provisions in the Code cannot be construed so as to give to the Board powers which are broader than those expressly and specially provided for elsewhere. Since the power to compel the production of

documents has been specially treated in s. 118(a), s. 121 cannot be used to circumvent the special limits imposed on the power by that provision.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The standard of review applicable to the Board's order is correctness. A functional analysis of the relevant sections of the Code discloses that Parliament did not intend to give the Board the exclusive power of making a final ruling on the point at issue. The Board's jurisdiction is concerned primarily with the application of Part V of the Code, and it has an especially important part to play in connection with the acquisition and extinction of bargaining rights and the exercise of rights to strike and lock out. To issue an order under s. 118(a), the Board does not have to decide a question central to its field of expertise. Determining the means of exercising the power conferred by that paragraph is not, strictly speaking, a question of industrial relations or labour law and is therefore not within the Board's jurisdiction *stricto sensu*.

The wording of s. 118(a) of the Code is ambiguous as to the way in which the power it confers on the Board is to be exercised. In view of this ambiguity, an analysis which is primarily concerned with a literal and grammatical interpretation of s. 118(a) is inappropriate. One must go beyond the wording of the provision and examine its context. Classification of the power conferred by s. 118(a) as judicial or quasi-judicial is not *per se* decisive as to its interpretation as it runs the risk of masking the nature of the Board's function, which must be both flexible and effective.

Seen in its context, especially its procedural context, the meaning of the amendment to s. 118(a) -- the removal of the words "before them" -- leads to the conclusion that the exercise of the power to order written testimony and documents to be filed is not subject to any duty to hold a *viva voce* hearing. First, the procedural guarantees of the parties affected are not compromised by the absence of such a hearing. A person who is the subject of a production order may put forward his objections effectively by presenting them in writing, just as he or she may do so regarding the merits of the principal case. He or she may also make use of the internal and external procedure for reviewing decisions and orders of the Board provided for in ss. 119 and 122 of the Code to make his objection. The absence of a formal hearing in the context of s. 118(a) is not inconsistent with the rules of natural justice. Second, the Board has complete control of its procedure and the right to render its decisions on the merits without any formal hearing. It would therefore seem illogical for Parliament to impose on the Board a duty to hold a *viva voce* hearing, solely in order to obtain relevant information or documents that a party refuses to provide voluntarily. Such an interpretation would establish an absolute right to a *viva voce* hearing and deprive the Board of complete control of its procedure. In the absence of clear language excluding the principle that the Board has complete control over its own procedure, courts should not adopt an interpretation which, for all practical purposes, would have the same effect. Finally, the Board's primary purpose is not inconsistent with a power to order the filing of documents and to require witnesses to testify in writing outside *viva voce* hearings. On the contrary, the effect of such a power is to increase the Board's efficacy.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384, setting aside a decision of the Canada Labour Relations Board. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Louis Crête and Johane Tremblay, for the appellant.*

*R. Luc Beaulieu and Manon Savard, as amici curiae.*

*Jean-Marc Aubry, Q.C., and René LeBlanc, for the intervener.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Solicitors appointed by the Court as amici curiae: Yves Ouellette, Montréal; R. Luc Beaulieu, Montréal.*

*Solicitor for the intervener: John C. Tait, Ottawa.*

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

---

*Relations de travail-- Conseil canadien des relations du travail -- Compétence -- Le Conseil a ordonné à des employeurs de produire des documents au cours d'une enquête sur une demande de modification d'accréditation présentée par un syndicat -- Le pouvoir du Conseil d'exiger la production de documents peut-il être exercé uniquement dans le cadre d'une audience formelle? -- Norme de contrôle applicable à une ordonnance du Conseil -- Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 118a), 121.*

À la suite de divers arrangements pris par les compagnies aériennes intimées, le syndicat des pilotes a saisi le Conseil canadien des relations du travail d'une requête visant à obtenir un jugement déclarant que les parties intimées constituaient maintenant un «employeur unique» ou que, subsidiairement, il y avait eu vente d'entreprise. Au cours de son enquête préparatoire à l'audience, le Conseil a demandé officieusement aux parties intimées de produire certains documents et renseignements. Devant le refus des parties intimées d'acquiescer à cette demande, le Conseil s'est fondé sur les al. 118a) et f) et sur l'art. 121 du Code pour rendre une ordonnance les enjoignant de produire les documents et renseignements demandés. Les parties intimées ont alors déposé une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour d'appel fédérale. La cour a accueilli la demande et annulé l'ordonnance du Conseil, pour le motif que ni l'art. 118 ni l'art. 121 du Code n'habilitait le Conseil à exiger la production de documents et de témoignages écrits sous serment avant la tenue d'une audience devant lui et en dehors du cadre d'une telle audience.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Iacobucci: En l'espèce, le litige porte sur la compétence du Conseil. Il s'ensuit que la norme qui régit le contrôle judiciaire de l'ordonnance du Conseil est celle de la justesse ou de l'absence d'erreur.

L'étendue du pouvoir conféré par l'al. 118a) du Code ressort du sens clair du texte de cette disposition: le Conseil ne peut exercer son pouvoir d'exiger la production de documents que dans le cadre d'une audience formelle. Cette conclusion s'appuie sur la structure et la nature de l'al. 118a). En raison de la structure de cet alinéa, le pouvoir d'exiger la production de documents fait partie d'un processus complet auquel on ne peut recourir que dans le cadre d'une audience formelle à laquelle des témoins peuvent être assignés et où ils peuvent déposer sous serment. Le pouvoir est de nature coercitive et les restrictions que l'al. 118a) impose à son exercice doivent être respectées. À la différence des cours supérieures, le Conseil n'a pas de compétence inhérente. Le pouvoir en cause est également de nature judiciaire. Tout élargissement de l'exercice de ce pouvoir à un contexte administratif constituerait une extension exceptionnelle de sa portée et devrait être exprimé en termes clairs. Enfin, compte tenu des fonctions administratives et judiciaires du Conseil, la restriction de l'exercice du pouvoir d'exiger la production de documents au cadre d'une audience formelle n'est pas incompatible avec le rôle et les objectifs du Conseil.

La portée de l'al. 118a) ne saurait être élargie par l'al. 118f). L'alinéa f) est de nature facultative et il n'habilite pas le Conseil à obliger une personne à produire des documents lorsque celle-ci refuse de le faire. De même, la mention du témoignage écrit, à l'al. 118a), n'en élargit pas la portée. Le témoignage écrit a constitué historiquement et constitue toujours, dans certains contextes, un moyen efficace et précis de présenter la preuve. La modernisation de la formulation de l'article, y compris la suppression des mots «devant eux» relativement à la comparution forcée de témoins, ne saurait justifier d'ignorer tous les autres aspects de la disposition qui indiquent qu'elle porte sur les pouvoirs du Conseil dans le cadre d'une audience. Ce n'est pas parce que le Conseil n'a pas d'obligation générale de tenir des audiences qu'il faut interpréter ses pouvoirs comme s'il n'avait jamais à en tenir.

L'article 121 du Code -- une disposition d'application générale qui habilite le Conseil à rendre des ordonnances de se conformer aux dispositions de la partie V -- ne comprend pas le pouvoir d'exiger la production de documents en dehors du cadre d'une audience formelle. Les dispositions d'application générale du Code ne sauraient être interprétées de manière à conférer au Conseil des pouvoirs plus étendus que ceux qui sont expressément prévus ailleurs. Étant donné que le pouvoir d'exiger la production de documents est expressément prévu à l'al. 118a), on ne saurait recourir à l'art. 121 pour contourner les restrictions spéciales que cette disposition impose au pouvoir en question.



---

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* La norme de contrôle applicable à l'ordonnance du Conseil est la justesse. En effet, une analyse fonctionnelle des articles pertinents du Code démontre que le législateur n'avait pas l'intention de laisser au Conseil le pouvoir exclusif de se prononcer de manière définitive sur la question en litige. La compétence du Conseil porte principalement sur l'application de la partie V du Code et son rôle est particulièrement important dans les domaines de l'acquisition et de l'extinction des droits de négociation ainsi que de l'exercice des droits de grève et de lock-out. Pour délivrer une ordonnance en vertu de l'al. 118a), le Conseil n'a pas à trancher une question au coeur de son domaine d'expertise. La détermination des modalités d'exercice du pouvoir conféré par cet alinéa n'est pas une question relative aux relations industrielles ou au droit du travail au sens strict et ne relève donc pas de la compétence *stricto sensu* du Conseil.

Le libellé de l'al. 118a) du Code est ambigu quant aux modalités d'exercice du pouvoir qu'il confère au Conseil. Vu cette ambiguïté, une analyse centrée sur une interprétation littérale et grammaticale de l'al. 118a) est inappropriée. Il faut aller au-delà du texte de la disposition afin d'examiner son contexte. La qualification de judiciaire ou quasi judiciaire du pouvoir conféré par l'al. 118a) n'est pas déterminante en soi pour son interprétation car elle risque de masquer le cadre d'intervention du Conseil, qui se veut souple et efficace.

Le sens de la modification apportée à l'al. 118a) -- la suppression des mots "devant eux" -- compris dans son contexte, plus particulièrement le cadre procédural, amène à conclure que l'exercice du pouvoir d'ordonner le dépôt de témoignages écrits et de documents n'est assujéti à aucune obligation de tenir une audience *viva voce*. Premièrement, les garanties procédurales des parties intéressées ne sont pas compromises par l'absence d'une telle audience. La personne visée par l'ordonnance de production peut faire valoir utilement ses objections en les présentant par écrit et ce, de la même façon qu'elle peut le faire au sujet du fond de l'affaire principale. Elle peut également se prévaloir des mécanismes interne et externe de révision des décisions et ordonnances du Conseil prévus aux art. 119 et 122 du Code pour faire valoir son opposition. L'absence d'une audience formelle n'est pas incompatible dans le contexte de l'al. 118a) avec les principes de justice naturelle. Deuxièmement, le Conseil est maître de sa procédure et a la faculté de rendre ses décisions sur le fond d'une affaire en l'absence de toute audience formelle. Il semblerait donc illogique que le législateur impose au Conseil l'obligation de tenir une audience *viva voce* et ce, dans le seul but d'obtenir les renseignements ou documents pertinents qu'une partie refuserait de lui fournir volontairement. Une telle interprétation consacrerait un droit absolu à une audience *viva voce* et ferait perdre au Conseil le contrôle et la maîtrise de sa procédure. En l'absence de termes clairs qui viennent écarter le principe de la compétence du Conseil sur la maîtrise de sa propre procédure, on ne saurait privilégier une interprétation qui aurait, à toutes fins pratiques, le même effet. Enfin, l'objectif primordial du Conseil n'est pas incompatible avec un pouvoir d'ordonner la production de documents et d'obliger des témoins à témoigner par écrit en dehors d'audiences *viva voce*. Au contraire, un tel pouvoir a pour effet d'accroître l'efficacité du Conseil.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1989), 95 N.R. 255, 59 D.L.R. (4th) 384, qui a annulé une décision du Conseil canadien des relations du travail. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Louis Crête et Johane Tremblay*, pour l'appelant.

*R. Luc Beaulieu et Manon Savard*, en qualité d'*amici curiae*.

*Jean-Marc Aubry, c.r.*, et *René LeBlanc*, pour l'intervenant.

*Procureurs de l'appelant: McCarthy Tétrault, Montréal.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amici curiae: Yves Ouellette, Montréal; R. Luc Beaulieu, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.*

---

***Clive Douglas Evans v. Her Majesty the Queen (Crim.)(Alta.)(22592)***

**Indexed as: R. v. Evans / Répertoire: R. c. Evans**

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

*Evidence -- Admissibility -- Hearsay -- Admissions -- Purchaser of getaway car used in robbery making certain statements to vendors -- Statements indicating that purchaser was the accused -- Whether statements hearsay -- If so, whether statements admissible as admissions of the accused -- Appropriate procedure to be followed in determining whether statements were made by accused -- Whether trial judge erred in use of statements -- If so, whether error resulted in substantial miscarriage of justice.*

The appellant and a co-accused were charged with robbery and attempted murder. Two armed men had robbed Brinks security guards as they were making a collection from a store in a mall, seriously wounding one of them. Witnesses were able to identify one of the robbers as the co-accused. The other robber was not identified. Outside the store, the robbers were pursued by another Brinks guard, and then got into a waiting car, which was driven by a third person. The getaway car had been purchased two days earlier from a married couple. A man who matched the appellant's physical and facial description had made two visits to their house before actually purchasing the car. The purchaser refused to give his name or complete a bill of sale and asked to borrow the couple's licence plate. Neither the husband nor the wife was able to make a positive photographic or dock identification. At trial the husband said that the appellant looked familiar, while his wife said he looked "vaguely familiar". Both testified that the man who bought the car told them that he worked in chain-link fencing. The wife testified that the man said he had big dogs. The husband testified that the man said his dog was going to have pups. The admissibility of these statements of the purchaser is in question in this appeal. Subsequent evidence showed that the appellant had a large dog that was going to have pups and that he had been employed as a chain-link fencer. The appellant's townhouse was searched. It had been used as a hideout by the appellant, the co-accused and a third man. A city map was found on which there was traced a route from the mall to the point where the car was found abandoned. The trial judge found that it would be unsafe to find that the appellant had purchased the car on the basis of the identification evidence alone, but when all the circumstantial evidence was added, he was convinced beyond a reasonable doubt that the appellant was the purchaser of the car. He convicted the appellant as a party to the offences. The Court of Appeal upheld the convictions.

*Held* (McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The issue in this appeal concerns the admissibility of the purchaser's hearsay statements as an admission of the accused. An out-of-court statement which is admitted for the truth of its contents is hearsay and is generally not admissible. Likewise, the statements of the purchaser in this case cannot be used as admissions (i.e. as admissions for the truth of their contents) unless they are admissible under an exception to the hearsay rule.

However, quite apart from the truth of their contents, the statements at issue here also have some probative value on the question of identity. The fact that certain representations are made is probative as it narrows the identity of the declarant to the group of people who are in a position to make similar representations. The more unique or unusual the representations, the more probative they will be on the issue of identity. The admission of this kind of evidence is not hearsay because the only issue is whether the statement was made, and the veracity, perception and memory of the witness relating the statement can be fully tested by cross-examination.

The admissibility of admissions rests on the theory of the adversary system, namely that a party can hardly object that he had no opportunity to cross-examine himself or that he is unworthy of credence except when speaking under sanction of oath. In determining admissibility, the general rule is that preliminary questions which are a condition of admissibility are for the trial judge in his or her capacity as the judge of the law rather than as the trier of fact. If factual questions must be resolved, a *voir dire* may be required. The applicable standard of proof in both civil and criminal cases for determining such preliminary matters is the balance of probabilities.

A preliminary issue as to the authenticity of a statement which is sought to be attributed to a party may also arise and may relate to whether the statement was actually made or whether it was made by the party against whom it is tendered. This preliminary determination that the statements were those of the accused, or that the accused was in a position to make the statement, is required before the statements can be accepted as evidence of their truth. As in questions of admissibility, the appropriate standard for determining a preliminary question of fact as to authenticity is proof on a balance of probabilities. The standard is the same in the two cases regardless of the fact that the preliminary determination is shifted to the fact-finding stage of the trial.

In light of this approach regarding the authenticity of admissions, if there is some evidence to permit the issue to be submitted to the trier of fact, the matter must be considered in two stages. First, a preliminary determination must be made as to whether, on the basis of evidence admissible against the accused, the Crown has established on a balance of probabilities that the statement is that of the accused. If this threshold is met, the trier of fact should then consider the contents of the statement along with other evidence to determine the issue of innocence or guilt. In the second stage the contents are evidence of the truth of the assertions contained therein.

In this case there was evidence that it was the appellant who made the statements to the vendors of the getaway car. The trial judge should have considered whether this evidence proved on a balance of probabilities that the statements were in fact made by the appellant. The trial judge did not address this question in two stages but considered the statements along with other evidence in concluding that the Crown had proved the charges beyond a reasonable doubt. In view of the strength of the whole of the evidence, the difference in the relative probative value of the statements assuming their truth, compared with their probative value on the more limited basis, was so slight that no miscarriage of justice was occasioned by the trial judge's error.

*Per* McLachlin and Major JJ. (dissenting): The information said to identify the appellant as the person who bought the getaway vehicle in this case was not information which only the perpetrator of the offence or a small group of people could have known, but was information which could have been obtained by anyone who had cared to observe or inquire into the appellant's affairs. The inference of identity is merely one of several plausible inferences which may be drawn from the statements, which are accordingly inadmissible. The trial judge relied heavily on the inadmissible statements in concluding that the appellant was the person who had bought the getaway vehicle. The other evidence identifying him as the guilty person is not so clear that it can safely be said that the trial judge's erroneous reliance did not result in a miscarriage of justice.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 12 W.C.B. (2d) 239, upholding the accused's conviction on charges of robbery and attempted murder. Appeal dismissed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

*John A. Legge*, for the appellant.

*Peter Martin, Q.C.*, for the respondent.

*Solicitors for the appellant: Legge & Chisholm, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Peter Martin, Calgary.*

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major

*Preuve -- Admissibilité -- Oui-dire -- Aveux -- L'acheteur de l'automobile ayant servi à la fuite des voleurs avait fait certaines déclarations aux vendeurs -- Déclarations indiquant que l'acheteur était l'accusé -- Ces déclarations sont-elles du oui-dire? -- Dans l'affirmative, ces déclarations sont-elles admissibles comme aveux de*

*l'accusé? -- Procédure à suivre pour déterminer si des déclarations ont été faites par l'accusé -- Le juge du procès a-t-il commis une erreur en utilisant les déclarations? -- Dans l'affirmative, cette erreur a-t-elle entraîné une erreur judiciaire grave?*

L'appelant et son coaccusé ont été inculpés pour vol qualifié et tentative de meurtre. Deux hommes armés ont volé à des agents de sécurité de la Brink's l'argent dont ils avaient pris livraison dans un magasin situé dans un centre commercial et ont gravement blessé un des agents. Des témoins ont reconnu le coaccusé comme l'un des voleurs. L'autre voleur n'a pas été identifié. À l'extérieur du magasin, un autre agent de la Brink's a poursuivi les voleurs. Ceux-ci sont montés à bord d'une automobile stationnée, qui était conduite par une troisième personne. L'automobile ayant servi à la fuite des voleurs avait été achetée deux jours plus tôt à un couple marié. Un homme correspondant au signalement de l'appelant s'était rendu à deux reprises au domicile du couple avant d'acheter l'automobile. L'acheteur a refusé de donner son nom et de signer un contrat de vente, et a demandé d'emprunter la plaque d'immatriculation. L'époux et l'épouse ont tous deux été incapables d'identifier formellement l'accusé sur une photographie ou au banc des accusés. Au procès, le mari a déclaré qu'il lui semblait avoir déjà vu l'appelant et son épouse a affirmé qu'il lui semblait «vaguement avoir déjà vu» l'appelant. Les deux ont déclaré dans leurs témoignages que l'homme qui avait acheté l'automobile leur avait dit qu'il s'occupait d'installation de clôtures. Selon l'épouse, l'homme avait ajouté qu'il possédait des chiens de grande taille. L'époux a déclaré que l'individu avait dit que sa chienne allait avoir des chiots. C'est l'admissibilité de ces déclarations de l'acheteur qui est en cause en l'espèce. La preuve ultérieure a démontré que l'appelant possédait une chienne de grande taille qui allait avoir des chiots et qu'il était installateur de clôtures. La maison de l'appelant a été fouillée. Elle avait servi de cachette à l'appelant, au coaccusé et au troisième homme. Une carte de la ville a été trouvée sur laquelle était tracé le trajet du centre commercial jusqu'à l'endroit où l'on a découvert l'automobile abandonnée. Le juge du procès a jugé qu'il serait imprudent de conclure, en se fondant uniquement sur la preuve d'identification, que c'était l'appelant qui avait acheté l'automobile mais qu'en y ajoutant l'ensemble de la preuve circonstancielle, il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant était l'acheteur de l'automobile. Il a reconnu l'appelant coupable à titre de participant aux infractions. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité.

*Arrêt* (les juges McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci:* Le pourvoi porte sur la question de l'admissibilité des déclarations relatées de l'acheteur comme aveux de l'accusé. Une déclaration extrajudiciaire qui est admise pour la véracité de son contenu est une preuve par oui-dire et, en règle générale, n'est pas recevable. Les déclarations faites par l'acheteur en l'espèce ne peuvent être utilisées comme aveux (c.-à-d. admission de la véracité de leur contenu) que si elles sont admissibles en vertu d'une exception à la règle du oui-dire.

Toutefois, en dehors de la véracité de leur contenu, les déclarations en cause ont une certaine valeur probante pour la question de l'identité. Le fait que certaines déclarations sont faites est probant, car cela restreint l'identité de leur auteur au groupe de personnes qui peuvent faire des déclarations analogues. Plus les déclarations sont inhabituelles ou exceptionnelles, plus elles ont une valeur probante quant à l'identité. La preuve ainsi admise n'est pas une preuve par oui-dire parce qu'il s'agit uniquement de déterminer si la déclaration a été faite et qu'il est possible, grâce à un contre-interrogatoire, de vérifier la sincérité, la perception et les souvenirs du témoin rapportant la déclaration.

L'admissibilité des aveux repose sur la théorie du système contradictoire selon laquelle une partie peut difficilement faire valoir qu'elle n'a pas eu l'occasion de se contre-interroger ou qu'elle n'est pas digne de foi sauf lorsqu'elle s'exprime sous serment. Pour déterminer l'admissibilité, la règle générale est que les questions préliminaires qui conditionnent l'admissibilité sont du ressort du juge du procès en sa capacité de juge du droit plutôt que de juge des faits. Il peut être nécessaire de tenir un voir-dire pour trancher des questions de fait. La norme de preuve applicable tant en matière civile que pénale pour décider de ces questions préliminaires est la prépondérance des probabilités.

Une question préliminaire relative à l'authenticité d'une déclaration que l'on cherche à attribuer à une partie peut se poser et être liée à la question de savoir si la déclaration a réellement été faite ou si elle a été faite par la partie contre laquelle elle est avancée en preuve. Avant d'accepter les déclarations comme preuve de leur véracité, il faut d'abord déterminer que les déclarations sont celles de l'accusé ou que l'accusé a eu la possibilité de les faire. Comme pour les

---

questions d'admissibilité, la norme appropriée applicable à la détermination d'une question de fait préliminaire sur l'authenticité est une preuve selon la prépondérance des probabilités. La norme est la même dans les deux cas même si la résolution de la question préliminaire est reportée à l'étape de la recherche des faits lors du procès.

Compte tenu de cette façon d'aborder l'authenticité des aveux, si certains éléments de preuve permettent de soumettre la question au juge des faits, celle-ci doit faire l'objet d'un examen en deux temps. Tout d'abord, il faut déterminer si, compte tenu de la preuve admissible contre l'accusé, le ministère public a établi selon la prépondérance des probabilités que la déclaration est celle de l'accusé. Une fois cette exigence préliminaire satisfaite, le juge des faits doit examiner le contenu de la déclaration en même temps que les autres éléments de preuve pour décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Dans le deuxième temps, le contenu de la déclaration fait preuve de la véracité des affirmations que contient la déclaration.

En l'espèce, certaines preuves indiquaient que c'était l'appelant qui avait fait les déclarations en cause aux vendeurs de l'automobile ayant servi à la fuite des voleurs. Le juge du procès aurait dû examiner si ces preuves démontraient, selon la prépondérance des probabilités, que les déclarations avaient effectivement été faites par l'appelant. Le juge du procès n'a pas analysé cette question en deux temps, mais il a examiné les déclarations avec d'autres éléments de preuve pour conclure que le ministère public avait prouvé les accusations hors de tout doute raisonnable. Vu la force de l'ensemble de la preuve, la valeur probante relative des déclarations, si on présume leur véracité, est si faible lorsqu'on la compare à leur valeur probante pour un usage plus limité qu'aucune erreur judiciaire grave n'a résulté de l'erreur du juge du procès.

*Les juges McLachlin et Major (dissidents):* Les renseignements qui identifieraient l'accusé comme la personne qui a acheté le véhicule qui a servi à la fuite en l'espèce n'étaient pas des renseignements que seul l'auteur de l'infraction ou un petit groupe de personnes étaient susceptibles de connaître, mais des renseignements qui auraient pu être obtenus par quiconque aurait pris soin d'observer les affaires de l'accusé ou de se renseigner. La déduction de l'identité est simplement une déduction parmi plusieurs déductions plausibles qui peuvent être faites à partir des déclarations qui sont en conséquence inadmissibles. Le juge du procès s'est fortement appuyé sur les déclarations inadmissibles pour conclure que l'appelant était la personne qui avait acheté le véhicule ayant servi à la fuite. Les autres éléments de preuve qui identifient l'appelant en tant que coupable ne sont pas suffisamment clairs pour dire avec certitude que le fait que le juge du procès se soit fondé de façon erronée sur une déclaration n'a pas entraîné une erreur judiciaire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 12 W.C.B. (2d) 239, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de vol qualifié et de tentative de meurtre. Pourvoi rejeté, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

*John A. Legge, pour l'appelant.*

*Peter Martin, c.r., pour l'intimée.*

*Procureurs de l'appelant: Legge & Chisholm, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Peter Martin, Calgary.*

---

***Wilfred Wayne Dersch v. Her Majesty the Queen (Crim.)(B.C.)(22483)***

**Indexed as: R. v. Dersch / Répertoire: R. c. Dersch**

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

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

*Constitutional law -- Charter of Rights -- Unreasonable search and seizure -- Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent -- Police obtaining results of blood alcohol test without a warrant -- Whether conduct of police violated accused's right to be secure against unreasonable search and seizure -- If so, whether infringement justifiable -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.*

*Constitutional law -- Charter of Rights -- Admissibility of evidence -- Bringing administration of justice into disrepute -- Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent -- Police obtaining results of blood alcohol test in violation of accused's right to be secure against unreasonable search and seizure -- Whether evidence should be excluded -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

*Constitutional law -- Charter of Rights -- Application -- Blood sample taken by physicians at hospital without accused's consent -- Whether physicians acting as agents of government -- Whether Charter applies -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.*

The accused was charged with criminal negligence causing death and bodily harm and having the care and control of a motor vehicle while impaired by alcohol or drugs and thereby causing death and bodily harm. The motor vehicle he was operating had crossed the centre dividing line of a highway and collided head-on with another vehicle. The driver of the other vehicle was killed and three other persons, including the accused, were injured. A police officer at the accident scene observed a smell of alcohol from the accused and noticed that his eyes were glassy and bloodshot. The accused was taken to a hospital. The doctor who examined him attempted to insert an intravenous line into the accused's arm, but the accused objected in strong language and refused to have a blood sample taken under any circumstances. The doctor requested the assistance of a surgeon present, who took a blood sample while the accused was unconscious, for medical reasons. One vial of the blood was used for a blood alcohol test. When the accused was subsequently asked by the police officer who had accompanied him to the hospital to provide a blood sample, he refused. In response to a written request by police, the doctor prepared a medical report which included the results of the blood alcohol test. A search warrant was later issued for the blood sample taken. The blood sample and blood alcohol test results were ruled admissible at the accused's trial following a *voir dire* and the accused was convicted on all four counts. The Court of Appeal upheld the convictions. This appeal is to determine whether the trial judge erred in ruling that evidence obtained from a blood sample taken without the accused's consent was admissible.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Participation in the emergency treatment of the accused did not in itself render the physicians agents of government for the purposes of s. 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nor were they acting as agents of government in taking the blood sample in this case solely for medical purposes. It is nonetheless clear that some of the physicians' conduct was wrong. The blood sample taken despite the accused's unequivocal instruction to the contrary was improper, and the provision to the police of specific medical information about the accused without his consent violated the doctor's common law duty of confidentiality to the accused. Since the accused had a reasonable expectation of privacy in respect of the information revealed, the obtaining of that information by the police in the circumstances is analogous to a search or a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The information was obtained without a warrant, rendering the search by the police *prima facie* unreasonable, and the Crown has not satisfied the burden of rebutting this presumption of unreasonableness. It has not been demonstrated that there is any basis in statute or under the common law for this search and seizure, nor was there any emergency in the sense of the evidence being in danger of being destroyed if the time were taken to obtain a warrant. In view of this conclusion, it is not necessary to determine whether there was also a violation of the accused's rights under s. 7 of the *Charter*. Since it has not been established that there is any basis under statute or the common law

---

for the conduct of the police, that conduct cannot be said to be "prescribed by law" within the meaning of s. 1 and therefore cannot be justified thereunder.

The net result of the *Charter* violation by police in this case was to take advantage of the physicians' improper conduct in taking the blood sample contrary to the patient's specific instructions. When this factor is considered together with the seriousness of the *Charter* violation and the importance of guarding against a free exchange of information between health care professionals and police, the impugned evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. In the absence of the evidence of the accused's blood alcohol level, there is no evidence sufficient to sustain convictions on the care and control charges, which should be dismissed. While there remains evidence to support the criminal negligence charges, this is not an appropriate case in which to apply the curative provision, and a new trial is directed.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Major J.'s reasons were agreed with, subject to further comments on the exclusion of evidence through the application of s. 24(2) of the *Charter*. Three factors must be considered in determining whether evidence obtained in violation of s. 8 of the *Charter* should be excluded pursuant to s. 24(2): the effect the admission would have on the fairness of the trial, the seriousness of the *Charter* violation, and whether excluding the impugned evidence would cause greater disrepute to the administration of justice than admitting it. As a result of the application of these principles, the impugned evidence should be excluded. The evidence obtained here might have been discovered in a lawful way had the *Charter* violation not occurred, since the police already had probable cause sufficient to obtain a search warrant. As a result, the fairness of the trial is not necessarily adversely affected by its admission. The violation of the accused's rights was of such a serious nature, however, as to tip the balance in favour of excluding the evidence. Such exclusion would not bring the administration of justice into disrepute. The police should have used the lawful means available to them to obtain the required information. Further, exclusion of the impugned evidence does not eliminate all the evidence against the accused.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 65 C.C.C. (3d) 252, 35 M.V.R. (2d) 86, affirming the accused's conviction by Dohm J. on charges of criminal negligence causing death, criminal negligence causing bodily harm, impaired care and control causing death and impaired care and control causing bodily harm. Appeal allowed.

*Howard Rubin and Kenneth S. Westlake*, for the appellant.

*Alexander Budlovsky*, for the respondent.

*Solicitor for the appellant: Kenneth S. Westlake, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for British Columbia, Vancouver.*

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

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Fouilles, perquisition et saisies abusives -- Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé -- Obtention sans mandat par la police des résultats de l'alcootest -- La conduite des policiers a-t-elle violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? -- Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.*

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Admissibilité de la preuve -- Déconsidération de l'administration de la justice -- Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé -- Obtention par la police des résultats de l'alcootest contrairement au droit de l'accusé à la protection contre les*

---

*fouilles, les perquisitions et les saisies abusives -- Y a-t-il lieu d'exclure cette preuve? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Application -- Prélèvement d'un échantillon de sang par des médecins à l'hôpital sans le consentement de l'accusé -- Les médecins sont-ils des mandataires du gouvernement? -- La Charte s'applique-t-elle? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.*

L'accusé a été inculpé de négligence criminelle causant la mort et des lésions corporelles et d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie par l'alcool ou une drogue et d'avoir ainsi causé la mort et des lésions corporelles. Le véhicule qu'il conduisait a franchi la ligne du centre de la route et est allé heurter de plein fouet un autre véhicule. Le conducteur de l'autre véhicule a été tué et trois autres personnes, dont l'accusé, ont été blessées. Un policier présent sur les lieux de l'accident a décelé une odeur d'alcool chez l'accusé et a remarqué que ses yeux étaient vitreux et injectés de sang. L'accusé a été conduit à l'hôpital. Le médecin qui l'examinait a tenté d'introduire un tube intraveineux dans le bras de l'accusé qui s'y est opposé vertement et a refusé catégoriquement de subir un prélèvement d'échantillon de sang. Le médecin a demandé l'aide d'un chirurgien présent sur les lieux qui a prélevé, pour des raisons médicales, un échantillon de sang pendant que l'accusé était inconscient. Une ampoule de sang a été utilisée pour effectuer un alcootest. Quand le policier qui avait accompagné l'accusé à l'hôpital lui a, par la suite, demandé de fournir un échantillon de sang, l'accusé a refusé. En réponse à une demande écrite de la police, le médecin a rédigé un rapport médical dans lequel il communiquait les résultats de l'alcootest. Un mandat de perquisition a été décerné plus tard relativement à l'échantillon de sang prélevé. Au procès de l'accusé, l'échantillon de sang et les résultats de l'alcootest ont été déclarés admissibles en preuve à la suite d'un voir-dire et l'accusé a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer si le juge du procès a commis une erreur en décidant que l'échantillon de sang prélevé sans le consentement de l'accusé était admissible en preuve.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les médecins ne sont pas devenus des mandataires du gouvernement, aux fins de l'art. 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de leur participation au traitement d'urgence de l'accusé et ils n'ont pas agi non plus à titre de mandataires du gouvernement en prélevant ici l'échantillon de sang à des fins purement médicales. Il est néanmoins évident que le comportement des médecins était en partie fautif. Le prélèvement de l'échantillon de sang, contrairement aux directives catégoriques de l'accusé, était irrégulier et, en communiquant à la police des renseignements médicaux précis sur l'accusé sans le consentement de ce dernier, le médecin a violé le devoir de common law, qu'il avait envers l'accusé, de préserver le caractère confidentiel de ces renseignements. Puisque l'accusé s'attendait raisonnablement à ce que son droit à la vie privée soit respecté quant aux renseignements divulgués, l'obtention de ces renseignements par la police, dans ces circonstances, correspond à une fouille, à une perquisition ou à une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Les renseignements ont été obtenus sans qu'un mandat de perquisition ne soit décerné, ce qui rend abusive à première vue la perquisition par la police, et le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau de réfuter cette présomption de caractère abusif. Il n'a pas été démontré qu'il y a dans la loi écrite ou en common law un élément justifiant pareilles perquisition et saisie. Il ne s'agissait pas non plus d'un cas d'urgence où la preuve risquait d'être détruite si on prenait le temps d'obtenir un mandat. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a eu également violation des droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'accusé. Étant donné qu'il n'a pas été établi qu'il y avait dans la loi écrite ou en common law un élément justifiant le comportement de la police, on ne peut dire que ce comportement est prescrit par une règle de droit au sens de l'article premier et il ne saurait donc être justifié en vertu de cet article.

Dans la présente affaire, la violation de la *Charte* par la police lui a permis, en fin de compte, de profiter du comportement irrégulier que les médecins ont adopté en prélevant l'échantillon de sang contrairement aux directives précises de leur patient. Pour cette raison et compte tenu de la gravité de la violation de la *Charte* par la police et de l'importance d'empêcher le libre échange de renseignements entre les professionnels de la santé et la police, il y a lieu d'écarter la preuve attaquée, en application du par. 24(2) de la *Charte*. En l'absence de la preuve de l'alcoolémie de l'accusé, il n'y a aucun élément de preuve suffisant pour maintenir les déclarations de culpabilité prononcées relativement



aux accusations de garde et de contrôle, qu'il y a lieu de rejeter. Alors qu'il subsiste une preuve à l'appui des accusations de négligence criminelle, il ne convient pas en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice et un nouveau procès est ordonné.

*Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier:* Les motifs du juge Major sont acceptés sous réserve d'observations supplémentaires concernant l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Trois facteurs doivent être pris en considération pour déterminer si des éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 de la *Charte* devraient être exclus conformément au par. 24(2): l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, la gravité de la violation de la *Charte* et la question de savoir si l'exclusion de la preuve contestée déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son admission. Par application de ces principes, il y a lieu d'exclure la preuve contestée. La preuve obtenue en l'espèce aurait pu être découverte légalement n'eût été la violation de la *Charte*, étant donné que les policiers avaient déjà des motifs probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition. En conséquence, l'utilisation de la preuve ne porte pas nécessairement atteinte à l'équité du procès. Toutefois, la violation des droits de l'accusé était si grave qu'elle militait en faveur de l'exclusion de la preuve. Pareille exclusion ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. La police aurait dû recourir aux moyens légaux dont elle disposait pour obtenir les renseignements requis. De plus, l'exclusion de la preuve contestée n'élimine pas tous les éléments de preuve qui pèsent contre l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 65 C.C.C. (3d) 252, 35 M.V.R. (2d) 86, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé que le juge Dohm a prononcée relativement à des accusations de négligence criminelle causant la mort, de négligence criminelle causant des lésions corporelles, de garde et de contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie et d'avoir ainsi causé la mort, et de garde et de contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affaiblie et d'avoir ainsi causé des lésions corporelles. Pourvoi accueilli.

*Howard Rubin et Kenneth S. Westlake, pour l'appelant.*

*Alexander Budlovsky, pour l'intimée.*

*Procureur de l'appelant: Kenneth S. Westlake, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

---

---

***Kenneth Jay Felawka v. Her Majesty the Queen (Crim.)(B.C.)(22783)***

**Indexed as: R. v. Felawka / Répertoire: R. c. Felawka**

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

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

*Criminal law -- Weapons -- Firearms -- Whether a firearm always falls within definition of weapon in s. 2 of Criminal Code -- Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 "weapon", 84(1) "firearm".*

*Criminal law -- Carrying concealed weapon -- Mens rea -- Accused boarding public transportation with rifle wrapped in his jacket after afternoon of target shooting -- Accused concealing rifle because he felt that it was not proper to carry it openly -- Whether mens rea of offence of carrying concealed weapon established by proof of accused's intention to conceal the object he knew to be a weapon -- Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 89.*

The accused went target shooting with a friend and took a rapid transit train to return home. When he got on the train, his .22 calibre rifle was wrapped in his jacket because he felt that it was not "proper" to carry his rifle openly. Two passengers became alarmed and notified a train employee. When asked by the employee what he had in his jacket, the accused laughingly replied that he was "going on a killing spree". The accused later left the train and boarded a connecting bus, where he was arrested. At the time of the arrest, there was still a clip with one live round in the rifle. The accused was charged with carrying a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 87 of the *Criminal Code* and with unlawfully carrying a concealed weapon contrary to s. 89. At trial, he was acquitted on the first count but convicted on the second. The trial judge held that the only intent required to establish the s. 89 offence was that the accused intended to conceal the weapon. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction. Two questions must be resolved on this appeal: (1) whether a firearm is a weapon within the meaning of s. 2 of the *Code*; and (2) what is the requisite *mens rea* of the offence of "carrying a concealed weapon".

*Held* (Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The rifle carried by the accused was a firearm under s. 84(1) of the *Code* and a firearm always falls within the definition of "weapon" in s. 2, regardless of the intention of the person carrying it. A firearm is expressly designed to kill or wound and can be used for purposes of threatening and intimidating. It presents in itself a threat of death or injury to all those in its presence. The concluding words of the definition of "weapon" in s. 2, which refer specifically to firearms as defined in s. 84 of the *Code*, would be completely redundant if a firearm became a weapon only when used or intended to be used to cause death or injury, or to threaten or intimidate.

The requisite mental element of s. 89 of the *Code* is established when the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused concealed an object that he knew to be a weapon. In order to prove concealment it must be established that the accused took steps to hide the weapon so that it would not be observed or come to the notice of others. A person who carries a firearm in a case or tightly wrapped in canvas, as required by some provincial regulations on the transportation of firearms for hunting, does not contravene s. 89 of the *Code*. A firearm carried in that manner generally resembles the firearm itself and cannot be considered to be hidden. As well, the placing of a firearm in a locked trunk or out of sight in a locked and unattended vehicle, in compliance with the federal regulations on the storage, display, handling and transportation of certain firearms, cannot be considered to be "carrying a concealed weapon". Rather, the federal regulations designed to protect the public from the danger of stolen weapons should be seen as an exception to the s. 89 offence. These regulations and s. 89 must be construed in a manner that avoids conflict and promotes the goals of both provisions. The provincial regulations requiring a firearm to be locked in the luggage compartment of a vehicle if the firearm is not encased or wrapped do not conflict with s. 89 so long as the firearm is locked in that compartment in the circumstances outlined in the federal regulations. Finally, a firearm which breaks down and is carried in a case that resembles a briefcase should not be considered concealed if the carrying case is clearly marked as a firearm case. Here, the *mens rea* of the offence was clearly established. The accused, knowing the rifle was a weapon, took steps to hide it

---

from observation by others. His excuse that he concealed his rifle in order to avoid alarming the passengers on the train cannot constitute a defence.

*Per La Forest J.:* While in general agreement with the majority, no definitive position is taken regarding the interaction between the *Criminal Code*'s prohibition against concealing weapons and regulatory provisions respecting their storage, handling and transportation. It would seem that Parliament simply did not contemplate that compliance with such regulations would constitute concealment.

*Per Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting):* The accused's rifle was a firearm under s. 84(1) of the *Code* but a firearm is not necessarily a "weapon" as defined in s. 2. When the definition of the word "weapon" is properly construed, a firearm under s. 84(1) only becomes a weapon if used or intended to be used to cause death or injury, or to threaten or intimidate. The principles of fundamental justice enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* support that conclusion. Given that a conviction under s. 89 would result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, the principles of fundamental justice require a minimum mental state. A morally blameless person, therefore, should not be found guilty of the offence of "carrying a concealed weapon". Since the essential purpose of a firearm is to kill and wound, the concealment of a firearm creates an inference that it is being carried as a "weapon" pursuant to s. 2. The Crown may rely on this inference unless there is some evidence raising a reasonable doubt as to why the firearm is being carried concealed. Here, the rifle was not a "weapon" as defined in ss. 2 and 89. The accused raised the necessary reasonable doubt that the rifle he carried was not used or intended to be used to kill, injure, threaten or intimidate any person.

*Per McLachlin J. (dissenting):* Lamer C.J.'s reasons were substantially agreed with. A firearm only become a weapon, as defined in s. 2 of the *Code*, if used or intended to be used to cause death or injury, or to threaten or intimidate. It is unnecessary, however, to comment upon the constitutionality of s. 89.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 3 B.C.A.C. 241, 7 W.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 481, 9 C.R. (4th) 291, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of unlawfully carrying a concealed weapon contrary to s. 89 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

*Richard C. C. Peck, Q.C.*, for the appellant.

*William F. Ehrcke*, for the respondent.

*Solicitors for the appellant: Peck & Tammen, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.*

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

*Droit criminel -- Armes -- Armes à feu -- Une arme à feu est-elle toujours visée par la définition d'arme à l'art. 2 du Code criminel? -- Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «arme», 84(1) «arme à feu».*

*Droit criminel -- Port d'une arme dissimulée -- Mens rea -- L'accusé est monté à bord d'un moyen de transport public avec une carabine enveloppée dans sa veste au retour d'un après-midi de tir à la cible -- L'accusé a dissimulé la carabine parce qu'il était d'avis que ce n'était pas correct de la transporter à découvert -- La mens rea de l'infraction de port d'une arme dissimulée est-elle démontrée par la preuve de l'intention de l'accusé de dissimuler l'objet qu'il savait être une arme? -- Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 89.*

L'accusé est allé avec une amie s'exercer au tir à la cible et a pris un train de banlieue rapide pour revenir chez lui. Lorsqu'il est monté à bord du train, il avait enveloppé sa carabine de calibre .22 dans sa veste, estimant que ce n'était pas [TRADUCTION] «correct» de la transporter à découvert. Deux passagères ont pris peur et ont avisé un employé du train. Lorsque l'employé du train lui a demandé ce qu'il avait dans sa veste, l'accusé a répondu en riant qu'il s'en allait [TRADUCTION] «faire une tuerie». L'accusé a par la suite quitté le train pour monter à bord d'un autobus de correspondance dans lequel il a été arrêté. Au moment de l'arrestation, le chargeur de la carabine contenait encore une cartouche chargée. L'accusé a été inculpé de port d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique en contravention de l'art. 87 du *Code criminel* et de port illégal d'une arme dissimulée en contravention de l'art. 89. Au procès, il a été acquitté relativement au premier chef d'accusation mais déclaré coupable à l'égard du second. Le juge du procès a statué que la seule intention requise pour établir l'infraction prévue à l'art. 89 était que l'accusé avait l'intention de dissimuler l'arme. La Cour d'appel, à la majorité, a maintenu la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) savoir si une arme à feu est une arme au sens de la définition énoncée à l'art. 2 du *Code*; et (2) déterminer quelle est la *mens rea* requise pour l'infraction de «port d'une arme dissimulée».

*Arrêt* (Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major:* La carabine transportée par l'accusé était une arme à feu aux termes du par. 84(1) du *Code*, et une arme à feu est toujours visée par la définition du terme «arme» au par. 2, peu importe l'intention de la personne qui la porte. L'arme à feu est expressément conçue pour tuer ou blesser et peut être utilisée pour menacer ou intimider. Elle incarne en soi une menace de mort ou de blessure aux yeux de ceux qui y font face. La dernière phrase de la définition du terme «arme» à l'art. 2, qui renvoie précisément aux armes à feu au sens de l'art. 84 du *Code*, serait alors tout à fait redondante si une arme à feu ne devient une arme que si elle est utilisée ou qu'une personne entend l'utiliser pour tuer ou blesser une personne ou pour la menacer ou l'intimider.

L'élément moral requis sous le régime de l'art. 89 du *Code* sera établi si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a dissimulé un objet qu'il savait être une arme. Pour prouver la dissimulation, il faut établir que l'accusé a pris des mesures pour cacher l'arme de façon à ce qu'elle ne puisse être vue. La personne qui transporte une arme à feu dans un étui ou solidement enveloppée dans une toile, comme le requièrent certains règlements provinciaux relatifs au transport du fusil de chasse, ne contrevient pas à l'art. 89 du *Code*. Une arme à feu transportée de cette manière ressemble généralement à l'arme à feu elle-même et ne peut être considérée comme cachée. De même, le fait de ranger une arme à feu dans un coffre verrouillé ou de façon à ce qu'elle ne soit pas visible dans un véhicule verrouillé et non surveillé, conformément au règlement fédéral sur l'entreposage, la mise en montre, la manipulation et le transport de certaines armes à feu, ne peut être considéré comme le fait de «porter une arme dissimulée». Au contraire, le règlement fédéral conçu pour protéger le public contre le danger que présente le vol d'armes devrait être considéré comme une exception à l'infraction prévue à l'art. 89. Ce règlement et l'art. 89 doivent être interprétés de façon à éviter les conflits et à servir leurs objectifs. Les règlements provinciaux qui exigent qu'une arme à feu soit sous clé dans le coffre d'un véhicule si elle n'est pas rangée dans un étui ou enveloppée et attachée n'entrent pas en conflit avec l'art. 89 en autant que l'arme à feu est sous clé dans le coffre dans les circonstances établies dans le règlement fédéral. Enfin, l'arme à feu qui se démonte pour être transportée dans un étui qui ressemble à une serviette ne devrait pas être considérée comme dissimulée s'il est clairement indiqué sur l'étui qu'il s'agit d'un étui pour arme à feu. En l'espèce, la *mens rea* de l'infraction a clairement été démontrée. Sachant que la carabine était une arme, l'accusé a pris des mesures pour qu'elle ne soit pas visible. Son excuse, selon laquelle il a dissimulé sa carabine pour éviter d'alarmer les passagers du train, ne constitue pas une défense.

*Le juge La Forest:* Bien que, de manière générale, en accord avec la majorité, aucune position définitive n'est prise pour ce qui est de l'interaction entre l'interdiction de dissimuler des armes qui figure dans le *Code criminel* et les dispositions réglementaires concernant leur entreposage, leur manipulation et leur transport. Il semblerait que le Parlement n'a simplement pas envisagé que le respect de ces règlements constituerait une dissimulation.

*Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents):* La carabine de l'accusé était une arme à feu aux termes du par. 84(1) du *Code*, mais une arme à feu n'est pas nécessairement une «arme» au sens de la définition à l'art. 2. Selon une interprétation juste de la définition du terme «arme», une arme à feu au sens du par. 84(1) ne devient une arme que si elle est utilisée, ou qu'une personne entend l'utiliser, pour tuer ou blesser une autre personne ou pour la menacer ou l'intimider.

Les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* appuient cette conclusion. Étant donné qu'une déclaration de culpabilité en application de l'art. 89 du *Code* porterait atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne de l'accusé, les principes de justice fondamentale exigent un état d'esprit minimum. Par conséquent, la personne moralement innocente ne devrait pas être déclarée coupable de l'infraction criminelle de «port d'une arme dissimulée». Puisqu'une arme à feu sert essentiellement à tuer et à blesser, la dissimulation d'une arme à feu crée la présomption qu'elle est portée comme une «arme» au sens de l'art. 2. Le ministère public peut se fonder sur cette présomption à moins qu'un certain élément de preuve ne soulève un doute raisonnable sur la raison pour laquelle l'arme à feu est portée de façon dissimulée. En l'espèce, la carabine n'était pas une «arme» au sens des art. 2 et 89. L'accusé a soulevé le doute raisonnable nécessaire que la carabine qu'il transportait n'avait pas été utilisée ou n'était pas destinée à être utilisée pour tuer, blesser, menacer ou intimider une personne.

*Le juge McLachlin (dissidente):* Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés en grande partie. Une arme à feu ne devient une arme, selon la définition de l'art. 2 du *Code*, que si elle est utilisée, ou qu'une personne entend l'utiliser, pour tuer ou blesser une autre personne ou pour la menacer ou l'intimider. Toutefois, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 89.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 3 B.C.A.C. 241, 7 W.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 481, 9 C.R. (4th) 291, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de port illégal d'une arme dissimulée en contravention de l'art. 89 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

*Richard C. C. Peck, c.r.*, pour l'appelant.

*William F. Ehrcke*, pour l'intimée.

*Procureurs de l'appelant: Peck & Tammen, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.*

---

---

**Ross Valliant v. Air Canada (Ont.) (22416)**

**Indexed as: Air Canada v. M & L Travel Ltd. / Répertoire: Air Canada c. M & L Travel Ltd.**

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

*Trusts -- Directors of closely held corporation -- Business of corporation a travel agency -- Agreement between travel agency and airline for ticket sales -- Receipts less commission to be forwarded to airline -- Notwithstanding separate trust account for money from ticket sales, money placed in travel agency's general account -- Business difficulties resulting in directors making independent and contradictory instructions to bank as to operating account -- Bank withdrawing amount owing it on line of credit to travel agency pursuant to terms of credit agreement -- Airline suing directors personally for monies owing it -- Whether relationship between travel agency and airline one of trust or of debtor and creditor -- If trust relationship, whether directors personally liable for breach of trust by corporation.*

Appellant borrowed money on a personal loan, invested it in a travel agency and paid the interest from the agency's general banking account. He became one of the agency's two directors and its vice-president. While both directors had signing authority, the day-to-day operation of the business was left to the other director. The travel agency, on becoming a member of IATA, signed a passenger sales agency agreement with IATA (conferring the right to sell air carrier tickets and receive commissions) and a passenger sales agency agreement with Air Canada (authorizing the agency to receive blank airline ticket stock for Air Canada and to issue tickets directly to the public). Funds collected from the sale of Air Canada tickets were to be held in trust by the travel agency and were to be paid twice a month to Air Canada. These payments were regularly made until March 1979.

The travel agency obtained an operating line of credit from a chartered bank in 1978. The monies advanced under the line of credit and interest thereon constituted a demand loan in favour of the Bank. Both directors personally guaranteed the loan and authorized the Bank to remove any monies owing on the loan at any time from the agency's general account. Although a trust account was set up by the managing director for the deposit of the airline funds held by the agency, these funds were maintained in the agency's general operating bank account.

A dispute arose between the directors in April 1979. The managing director discovered cancelled cheques for the instalment payments on appellant's personal loan. It was his understanding that appellant had agreed to cease making the payments for the time being and he stopped payment on the last instalment cheque. Appellant suspected the managing director of misappropriating funds and stopped payment on all cheques and withdrawals. At this time, the travel agency owed Air Canada \$25,079.67 for ticket sales.

The travel agency was closed for 10 days. Both directors, through their solicitors, negotiated for the purchase by one of the other's interest and both, during this time, made efforts to pay Air Canada. Appellant testified that he opened a trust account, drew cheques for the monies that were still in the company account, withdrew the stop payment orders, and attempted to transfer the funds into the new trust account. The Bank refused to transfer the funds or to honour the cheques made out to Air Canada because of the conflicting instructions from the two directors. The Bank, after sending demand notices, withdrew the full amount owing it under the line of credit from the travel agency's general account.

Air Canada sued the travel agency and both directors personally for the money owed to it for ticket sales. Its claim against the travel agency was successful but the claim against the two directors was dismissed. Air Canada successfully appealed the judgment as it related to the two directors and judgment was entered against them as well. At issue here were: (1) whether the relationship between travel agency and respondent was one of trust, or one of debtor and creditor; and (2) if the relationship was one of trust, under what circumstances could the directors of a corporation be held personally liable for breach of trust by the corporation, and were those circumstances present here. The legal issue raised by this second ground of appeal concerned the standards for the imposition of personal liability to be applied to strangers who participate in a breach of trust. Although involving a corporation, the case fell to be resolved on trust principles, and does not raise general questions of the personal liability of directors for the acts of the corporation.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, **Iacobucci** and Major JJ.: The relationship was conceded to be one of trust. The wording of the agreement evidenced an intention to create a trust. Respondent was the object of the trust and the money collected for ticket sales its subject matter. Given the intention to create a trust in the agreement between the travel agency and respondent, the absence of a prohibition on the commingling of funds could be considered but was not determinative of the type of relationship. The setting up of the trust account and the fact the the IATA agreement allowed the travel agency to affect Air Canada's legal responsibilities indicated a relationship consistent with a trust relationship. The travel agency breached the trust when it failed to account to the respondent for the monies collected through sales of Air Canada tickets.

The imposition of personal liability on a stranger to a trust depends on whether the stranger's conscience is sufficiently affected to justify the imposition of personal liability. A stranger to the trust can be held liable as a constructive trustee for breach of trust (trustee *de son tort*). The stranger, although not appointed a trustee, takes on him- or herself to act as trustee and to possess and administer trust property and becomes liable if he or she commits a breach of trust while acting as a trustee. This type of liability is inapplicable here because the directors did not personally take possession of trust property or assume the office or function of trustees.

Strangers to the trust can also be personally liable for breach of trust if they knowingly participate in a breach of trust. They either were acting as a trustee in receipt and chargeable with trust property (a constructive trusteeship termed "knowing receipt") or they knowingly assisted in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees (termed "knowing assistance"). Since the "knowing receipt" category was did not apply here, the only basis upon which the directors could be held personally liable was as constructive trustees under the "knowing assistance" head of liability. This basis of liability raises two main issues: the nature of the breach of trust and the degree of knowledge required of the stranger.

The knowledge requirement for this "knowing assistance" type of liability is actual knowledge; recklessness or wilful blindness will suffice. A person will be deemed to have known of the trust if it was imposed by statute. If the trust was contractually created, then whether the stranger knew of the trust will depend on his or her familiarity or involvement with the contract.

The receipt of a benefit as a result of the breach of trust will be neither a sufficient nor a necessary condition for the drawing of an inference that a stranger knew of the breach. Constructive notice has been found to be insufficient to bind the stranger's conscience so as to give rise to personal liability. While cases involving recklessness or wilful blindness indicate a want of probity which justifies imposing a constructive trust, the carelessness involved in constructive knowledge cases will not normally amount to a want of probity, and will therefore be insufficient to bind the stranger's conscience.

Whether the breach of trust was fraudulent and dishonest must be considered, not whether the appellant's actions should be so characterized. The stranger will be liable if he or she knowingly assisted the trustee in a fraudulent and dishonest breach of trust. Therefore, it is the corporation's actions which must be examined. Where the trustee is a corporation, rather than an individual, the inquiry as to whether the breach of trust was dishonest and fraudulent may be more difficult to conceptualize, because the corporation can only act through human agents who are often the strangers to the trust whose liability is in issue. The appellant's actions were relevant to this examination, given the extent to which the travel agency was controlled by the defendant directors.

The breach of trust by the travel agency was dishonest and fraudulent from an equitable standpoint. The taking of a knowingly wrongful risk resulting in prejudice to the beneficiary is sufficient to ground personal liability. As a party to the contract between itself and the respondent, the travel agency knew that the Air Canada monies were held in trust for the respondent, and were not for the general use of the travel agency. It set up trust accounts, but never used them. It also knew that any positive balance in its general account was subject to the Bank's demand. By placing the trust monies in the

---

general account which were then subject to seizure by the Bank, the travel agency took a risk to the prejudice of the rights of the respondent beneficiary, Air Canada. It had no right to take this risk.

Appellant participated or assisted in the breach of trust. He dealt with the funds in question -- he stopped payment on all cheques, opened a trust account, and attempted to withdraw the stop payment orders and to transfer the funds into the new trust account in order to pay the respondent. The breach of trust was directly caused by the conduct of the defendant directors. Their actions in stopping payment on the cheques to protect their own interests not only prevented payment on cheques issued to Air Canada but also precipitated the seizure by the Bank of the only funds available in the unprotected general account. The directors are personally liable for the breach of trust as constructive trustees provided that the requisite knowledge on the part of the directors is proved.

The knowledge requirement will not generally be a difficult hurdle to overcome in cases involving directors of closely held corporations. Such directors, if active, usually have knowledge of all of the actions of the corporate trustee. Here, however, the appellant was not as closely involved with the day-to-day operations as was the other director. He nevertheless knew of the terms of the agreement between the travel agency and the respondent airline because he signed that agreement and he knew that the trust funds were being deposited in the general bank account, which was subject to the demand loan from the Bank. This constitutes actual knowledge of the breach of trust because even without subjective knowledge of the breach of trust, given the facts of which he did have subjective knowledge, he was wilfully blind to the breach, or reckless in his failure to realize that there was a breach. Furthermore, appellant received a benefit from the breach of trust, in that his personal liability to the Bank on the operating line of credit was extinguished. Therefore, he knowingly and directly participated in the breach of trust, and is personally liable to the respondent airline for that breach.

*Per McLachlin J.:* The relationship between the corporation and Air Canada was one of trust, not debtor and creditor. Appellant was clearly liable as a constructive trustee for the breach of trust which the corporation committed respecting AirCanada's account.

A number of issues should not be decided here but rather left for consideration in cases in which they might arise. A stranger to a trust must know of his or her participation in a breach of trust to be personally liable for it. It was not necessary, however, to decide whether subjective knowledge (actual knowledge of the breach or wilful blindness and recklessness) or objectively determined knowledge (what a reasonably diligent person would have known) is necessary. The evidence here met the higher standard of subjective knowledge. It was also unnecessary to decide whether any breach could give rise to liability or whether the breach had to be fraudulent or dishonest because the breach here was fraudulent and dishonest in the sense that it involved a risk to the property to the prejudice of the beneficiary. Lastly, a decision as to whether liability could be imposed in the absence of personal benefit did not need to be made because appellant benefitted personally from the breach.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 184, 77 D.L.R. (4th) 536, allowing an appeal from a judgment of Flanigan Dist. Ct. J. Appeal dismissed.

*Peter J. Bishop*, for the appellant.

*Guy L. Poppe* and *Harry G. Leslie*, for the respondent.

*Solicitors for the appellant: Peter J. Bishop & Associates, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Guy L. Poppe, Toronto.*

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major

*Fiducies -- Administrateurs d'une société à peu d'actionnaires -- La société exploite une agence de voyages -- Convention entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation pour la vente de billets -- Les recettes moins*



---

*les commissions devaient être remises à la compagnie d'aviation -- Nonobstant les comptes en fiducie distincts pour l'argent provenant de la vente des billets, l'argent était déposé dans le compte général de l'agence de voyages -- Des difficultés commerciales amènent des administrateurs à donner des instructions divergentes à la banque relativement au compte d'affaires -- La banque a retiré les montants qui lui étaient dus sur la marge de crédit de l'agence de voyages aux termes de la convention de crédit -- La compagnie d'aviation poursuit les administrateurs personnellement pour les montants qui lui sont dus -- Le rapport établi entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation constituait-il une fiducie ou une obligation liant un débiteur et un créancier? -- S'il s'agit d'une fiducie, les administrateurs sont-ils responsables personnellement pour la violation de l'obligation fiduciaire par la société?*

L'appelant a emprunté de l'argent au moyen d'un prêt personnel, l'a investi dans une agence de voyages et a payé les intérêts sur le compte de banque général de l'agence. Il est devenu l'un des deux administrateurs de l'agence et son vice-président. Les deux administrateurs avaient le pouvoir de signature mais l'autre administrateur gérait l'entreprise au jour le jour. Lorsqu'elle est devenue membre de l'ATAI, l'agence de voyages a conclu un contrat d'agence de vente passages avec l'ATAI (conférant le droit de vendre des billets d'avion et de toucher des commissions) et un contrat d'agence de vente passages avec Air Canada (autorisant l'agence à recevoir une provision de formulaires de billets à remplir et à distribuer les billets directement au public). L'agence de voyages devait détenir en fiducie les fonds provenant de la vente de billets d'Air Canada et les lui verser deux fois par mois. Jusqu'en mars 1979, ces paiements ont été faits régulièrement.

L'agence de voyages a obtenu une marge de crédit d'exploitation d'une banque à charte en 1978. Les sommes avancées conformément à la marge de crédit et les intérêts dus constituaient un prêt remboursable sur demande de la banque. Les deux administrateurs ont garanti personnellement le prêt et autorisé la banque à retirer du compte général de l'agence toute somme due sur celui-ci. Bien que l'administrateur délégué ait ouvert un compte en fiducie afin d'y déposer les fonds de la compagnie d'aviation détenus par l'agence, ces fonds ont été gardés dans un compte d'affaires général de l'agence à la banque.

En avril 1979, un conflit est intervenu entre les administrateurs. L'administrateur délégué a découvert des chèques payés au titre des versements échelonnés sur le prêt personnel de l'appelant. Il était d'avis que l'appelant avait consenti à cesser les paiements pour le moment et a fait opposition au chèque tiré pour le dernier versement. L'appelant a soupçonné l'administrateur délégué de détourner des fonds et a fait opposition à tous les chèques et retraits. À ce moment-là, l'agence devait 25 079,67 \$ à Air Canada pour des billets vendus.

L'agence de voyages a été fermée pendant 10 jours. Les deux administrateurs, par l'entremise de leurs avocats, ont négocié l'achat de leur participation respective et, durant ce temps, tous deux ont fait un effort pour payer Air Canada. L'appelant a témoigné avoir ouvert un compte en fiducie, tiré des chèques pour les sommes non utilisées dans le compte de la société, mis fin à l'opposition aux chèques et tenté de transférer les fonds dans le nouveau compte en fiducie. La banque a refusé de virer les fonds ou d'honorer les chèques tirés à l'ordre d'Air Canada à cause des instructions divergentes des deux administrateurs. Après avoir envoyé des avis relatifs au prêt remboursable sur demande, la banque a retiré le montant complet de la dette en vertu de la marge de crédit du compte d'affaires général de l'agence.

Air Canada a poursuivi l'agence et les deux administrateurs personnellement, au sujet de la somme due pour les billets vendus. Elle a eu gain de cause contre l'agence de voyages mais son action contre les administrateurs a été rejetée. Air Canada a interjeté appel avec succès contre les deux administrateurs et un jugement a également été inscrit contre eux. Les questions en l'espèce sont les suivantes: (1) le rapport établi entre l'agence et l'intimée constitue-t-il une fiducie ou une obligation entre débiteur et créancier? (2) s'il s'agit d'une fiducie, dans quelles circonstances les administrateurs d'une société peuvent-ils être tenus personnellement responsables de la violation de la fiducie par la société, et ces circonstances existaient-elles en l'espèce? La question de droit posée par ce second moyen d'appel fait entrer en jeu les normes qui régissent l'attribution d'une responsabilité personnelle aux tiers qui participent à la violation d'une fiducie. Bien qu'une société par actions soit en cause, l'affaire doit être tranchée selon les principes applicables à la fiducie et elle ne soulève pas de questions générales touchant la responsabilité personnelle des administrateurs pour les actes de la société.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major:* Il a été concédé que le rapport était une fiducie. L'intention de créer une fiducie ressort du texte du contrat. Le bénéficiaire est l'intimée et les biens assujettis à la fiducie sont les fonds encaissés par suite de la vente de billets. Comme l'intention de créer une fiducie est exprimée dans le contrat entre l'agence de voyages et l'intimée, on peut tenir compte de l'absence d'interdiction de regrouper les fonds mais elle n'est pas déterminante à l'égard du genre de rapport. L'ouverture du compte en fiducie et le fait que l'accord de l'ATAI permettait à l'agence de voyages d'influer sur les responsabilités juridiques d'Air Canada indiquaient un rapport compatible avec l'existence d'une fiducie. L'agence de voyages a violé l'obligation fiduciaire quand elle n'a pas rendu compte à l'intimée des sommes perçues par suite de la vente de ses billets.

L'attribution d'une responsabilité personnelle à un tiers à une fiducie est subordonnée à la question de savoir si la conscience du tiers est suffisamment en cause pour que soit justifiée l'attribution d'une responsabilité personnelle. La responsabilité pour la violation d'une fiducie peut être attribuée à un tiers en qualité de fiduciaire par interprétation (fiduciaire «de son tort»). Le tiers, bien qu'il n'ait pas été nommé fiduciaire, prend sur lui d'agir comme fiduciaire et de détenir et d'administrer les biens en fiducie, et devient responsable s'il manque à une de ses obligations pendant qu'il agit comme fiduciaire. Ce type de responsabilité est inapplicable en l'espèce parce que les administrateurs n'ont pas pris possession personnellement des biens en fiducie et ne se sont pas attribués la charge ou la fonction de fiduciaire.

Une responsabilité personnelle peut incomber à des tiers en cas de manquement à une obligation fiduciaire s'ils participent sciemment à ce manquement. Ils agissaient soit à titre de fiduciaires parce qu'ils avaient reçu des biens en fiducie et devaient en rendre compte (fiducie par interprétation appelée «réception en connaissance de cause»), soit parce qu'ils avaient sciemment aidé les fiduciaires à réaliser un dessein malhonnête et frauduleux (appelée «aide apportée en connaissance de cause»). Étant donné que la catégorie de la «réception en connaissance de cause» ne s'applique pas en l'espèce, une responsabilité personnelle ne peut être attribuée aux administrateurs que s'ils ont apporté une «aide en connaissance de cause». La responsabilité qui repose sur ce fondement soulève deux questions principales: la nature de la violation de l'obligation fiduciaire, et le degré de connaissance exigé du tiers.

La connaissance requise pour la responsabilité fondée sur l'«aide en connaissance de cause» est la connaissance de fait, l'insouciance ou l'ignorance volontaire suffiront également. Une personne est réputée savoir qu'il y a une fiducie en cas de fiducie en vertu d'une loi. En cas de fiducie conventionnelle, la question de savoir si le tiers était au courant de la fiducie dépend de sa connaissance du contrat ou de sa participation à celui-ci.

Le fait de tirer avantage de la violation de l'obligation fiduciaire n'est ni une condition suffisante ni une condition nécessaire pour conclure que le tiers était au courant de la violation. Il a été décidé que la connaissance présumée était insuffisante pour que la conscience d'un tiers soit en cause au point qu'il puisse être tenu personnellement responsable. En cas d'insouciance ou d'ignorance volontaire, on peut déduire une absence de probité qui justifie l'attribution d'une fiducie par interprétation, mais le manque de diligence démontré dans les cas où il y a connaissance présumée n'équivaut normalement pas à un manque de probité et sera par conséquent insuffisant pour que la conscience du tiers puisse être mise en cause.

Il faut examiner si la violation de l'obligation fiduciaire a été frauduleuse et malhonnête, et si les actions de l'appelant doivent être ainsi qualifiées. Le tiers sera tenu responsable s'il a sciemment aidé le fiduciaire à violer l'obligation fiduciaire frauduleusement et malhonnêtement. Par conséquent, ce sont les actions de la société qu'il faut examiner. Lorsque le fiduciaire est une société par actions, et non un particulier, il peut être plus difficile de trancher la question de savoir si la violation de l'obligation fiduciaire a été malhonnête et frauduleuse parce que la société ne peut agir que par l'intermédiaire de personnes physiques qui sont souvent les tierces parties dont la responsabilité est en cause. Les actions de l'appelant étaient pertinentes dans cet examen, étant donné le degré de contrôle exercé sur l'agence de voyages par les administrateurs défendeurs.

La violation de l'obligation fiduciaire par l'agence de voyages était malhonnête et frauduleuse selon les principes de l'*equity*. Le fait de courir sciemment et de manière injustifiée un risque au détriment du bénéficiaire est suffisant pour légitimer l'attribution d'une responsabilité personnelle. En tant que partie au contrat conclu entre elle-même et l'intimée,

---

l'agence de voyages savait que les sommes appartenant à Air Canada étaient détenues en fiducie au nom de celle-ci et ne devaient pas être affectées aux activités générales de l'agence de voyages. Elle a ouvert des comptes en fiducie, mais ne les a jamais utilisés. Elle savait également que tout solde positif dans son compte général pouvait être demandé par la banque. En plaçant les fonds en fiducie dans le compte général qui était susceptible d'être saisi par la banque, l'agence de voyages a couru un risque au détriment des droits d'Air Canada, bénéficiaire intimé. Elle n'avait pas le droit de courir ce risque.

L'appelant a participé ou aidé à la violation d'une obligation fiduciaire. Il a géré les fonds en question -- il a fait opposition au paiement de tous les chèques, a ouvert un compte en fiducie et tenté de retirer l'opposition au paiement et de transférer les fonds dans le nouveau compte en fiducie afin de rembourser l'intimée. La violation de l'obligation fiduciaire a été causée directement par la conduite des administrateurs défendeurs. Leur action pour faire opposition à des chèques, non seulement a empêché le paiement de chèques tirés à l'ordre d'Air Canada, mais a hâté la saisie par la banque des seuls fonds se trouvant dans le compte général non protégé. Les administrateurs sont personnellement responsables de la violation d'une obligation fiduciaire à titre de fiduciaires par interprétation, à la condition qu'il soit prouvé qu'ils avaient la connaissance voulue.

La connaissance exigée ne sera généralement pas un obstacle difficile à surmonter lorsqu'il s'agit d'administrateurs d'une société à peu d'actionnaires. Ces administrateurs, s'ils jouent un rôle actif, sont d'ordinaire au courant de toutes les actions de la société fiduciaire. En l'espèce, toutefois, l'appelant ne prenait pas une part aussi active aux activités quotidiennes que l'autre administrateur. Il connaissait néanmoins les conditions de l'accord entre l'agence de voyages et la compagnie d'aviation intimée, puisqu'il a signé le contrat et qu'il savait en outre que les fonds en fiducie étaient déposés dans le compte en banque général, qui était assujéti au prêt à demande de la banque. Cela équivaut à la connaissance de fait de la violation d'une obligation fiduciaire parce que, même en l'absence de connaissance subjective de la violation de l'obligation fiduciaire, étant donné les faits dont il avait la connaissance subjective, il a fait preuve d'ignorance volontaire de la violation, ou d'insouciance en ne se rendant pas compte de la violation. Par surcroît, l'appelant a tiré avantage de la violation d'une obligation fiduciaire, en ce sens que son engagement personnel envers la banque à l'égard de la marge de crédit d'exploitation a été éteint. Par conséquent, il a sciemment et directement participé à la violation d'une obligation fiduciaire et est personnellement responsable envers la compagnie d'aviation intimée de cette violation.

*Le juge McLachlin:* Il existait un rapport de fiduciaire entre la société et Air Canada et non un rapport de débiteur et créancier. L'appelant était clairement responsable à titre de fiduciaire par interprétation de la violation d'une obligation fiduciaire que la société a commise relativement au compte d'Air Canada.

Un certain nombre de questions ne devraient pas être tranchées en l'espèce mais plutôt examinées dans des affaires où elles pourront être soulevées. Le tiers à une fiducie doit participer en connaissance de cause à la violation pour en être tenu personnellement responsable. Toutefois, il n'est pas nécessaire de décider si la connaissance requise doit être subjective (une connaissance de fait de la violation ou l'ignorance volontaire et l'insouciance) ou déterminée de façon objective (ce qu'une personne raisonnablement diligente aurait dû savoir). La preuve en l'espèce satisfait à la norme plus élevée de la connaissance subjective. De plus, il n'est pas nécessaire de déterminer si toute violation pourrait entraîner la responsabilité ou si la violation devait être frauduleuse et malhonnête car la violation en l'espèce était frauduleuse et malhonnête dans le sens qu'il y avait un risque pour les biens au détriment du bénéficiaire. Finalement, il n'est pas nécessaire de décider si la responsabilité pourrait être attribuée en l'absence d'avantage personnel parce que, en l'espèce, l'appelant a tiré un avantage personnel de la violation.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 2 O.R. (3d) 184, 77 D.L.R. (4th) 536, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Flanigan de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

*Peter J. Bishop*, pour l'appelant.

*Guy L. Poppe et Harry G. Leslie*, pour l'intimée.

*Procureurs de l'appelant: Peter J. Bishop & Associates, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Guy L. Poppe, Toronto.*

---

---

***Debra Marquard v. Her Majesty the Queen (Crim.)(Ont.)(22940)***

**Indexed as: R. v. Marquard / Répertoire: R. c. Marquard**

Judgment rendered October 21, 1993 / Jugement rendu le 21 octobre 1993

---

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

*Evidence -- Expert evidence -- Child testifying about aggravated assault -- Expert witnesses called to corroborate Crown and defence versions of events -- Expert testifying as to whether child telling the truth and as to the psychological effects of abuse -- Level of competence to be established in inquiry as to child's communication skills under s. 16(1)(b) of the Canada Evidence Act -- Whether trial judge's warning as to the frailty of child's evidence adequate -- Whether opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts admissible -- Whether expert's commenting on a child's credibility appropriate -- Nature of questioning expert witnesses -- Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.2(1) -- Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(b), (3).*

Appellant was charged with the aggravated assault (under s. 245.2(1) (now s. 268(1)) of the *Criminal Code*) of her 3 1/2-year-old granddaughter. At trial, which was held seventeen months after the incident, the Crown alleged that appellant had put the child's face against a hot stove door in order to discipline her. The child's unsworn testimony was that her "Nanna" had put her in (or on) the stove. Appellant and her husband both testified that they discovered the child early in the morning, screaming, after she had burned herself trying to light a cigarette with a butane lighter.

Both the Crown and defence called a number of expert witnesses to corroborate their versions of the events. The expert evidence related to the functioning of butane lighters, the nature of the burn, whether the child was telling the truth at the trial, and the psychological effects of abuse. The trial judge admitted, and did not instruct the jury to disregard, evidence of expert witnesses who had gone beyond the area of expertise as qualified. Further, she invited the jury to place weight on these opinions, stating that opinions outside the expertise of the witnesses were to be weighed along with all the other evidence. Defence counsel did not object to the witnesses' giving evidence in these areas. However, he strenuously objected to the judge's charging the jury that they could rely on the opinions outside the stated areas of expertise. The jury found appellant guilty and the judge sentenced her to five years' imprisonment. The Ontario Court of Appeal upheld the conviction but reduced the sentence of imprisonment.

At issue here were: the level of competence that had to be established in an inquiry under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act* with respect to a child's communication skills, the adequacy of the trial judge's warning as to the frailty of the child's evidence, the admissibility of opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts, the appropriateness of an expert's commenting on a child's credibility and the nature of questioning expert witnesses.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, **McLachlin**, Iacobucci and Major JJ.: Testimonial competence is not presumed in the case of a child testifying under s. 16 of the *Canada Evidence Act*. The child is placed in the same position as an adult whose competence has been challenged. At common law, such a challenge required the judge to inquire into the competence of the witness to testify. Testimonial competence comprehends: (1) the capacity to observe (including interpretation); (2) the capacity to recollect; and (3) the capacity to communicate. The goal is not to ensure that the evidence is credible, but only to assure that it meets the minimum threshold of being receivable. The enquiry is into capacity to perceive, recollect and communicate, not whether the witness actually perceived, recollects and can communicate about the events in question. The test is not based on presumptions of the incompetency of children to be witnesses and is not intended to make it difficult for children to testify. It merely outlines the basic abilities that individuals need to possess if they are to testify.

The phrase "communicate the evidence" indicates more than mere verbal ability. The reference to "the evidence" indicates the ability to testify about the matters before the court. It is necessary to explore in a general way whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court. If satisfied that this is the case, the judge may then receive the child's evidence under s. 16(3), after the child has promised to

tell the truth. It is not necessary to determine in advance that the child perceived and recollects the very events at issue in the trial, as a condition of ruling that his or her evidence be received. That is not required of adult witnesses, and should not be required for children.

The examination conducted in this case was sufficient to permit the trial judge to conclude that the child was capable of perceiving, remembering and recounting events to the court. This in turn permitted the trial judge to receive her evidence, upon the child's promise to tell the truth. What the child actually perceived and recollected of the events in question was a matter for the jury to determine after listening to her evidence in chief and in cross-examination. A trial judge's discretion in determining that a child is competent to testify should not be interfered with unless manifestly abused.

With children, as with adults, there can be no fixed and precise formula to be followed in warning a jury about potential problems with a witness' evidence. Negative stereotypes should not be applied to the evidence of children. The trier of fact must nevertheless be cognizant of the weaknesses of a particular piece of evidence. Here, the child's evidence required a warning from the trial judge as to the risks of accepting it. The trial judge fairly pointed out the problems of her testimony to the jury and adequately cautioned them.

The only requirement for the admission of expert opinion is that the expert witness possess special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact. Deficiencies in the expertise go to weight, not admissibility. Here, the witnesses were qualified more narrowly than their areas of expertise, or in one case, not formally qualified at all. The proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence. If this is done, no question as to the admissibility of their opinions arises.

Important as the initial qualification of an expert witness may be, it would be overly technical to reject expert evidence simply because the witness ventures an opinion beyond the area of expertise in which he or she has been qualified. As a practical matter, it is for opposing counsel to object if the witness goes beyond the proper limits of his or her expertise. The objection to the witness' expertise may be made at the stage of initial qualification, or during the witness' evidence if it becomes apparent that the witness is going beyond the area in which he or she was qualified to give expert opinion. In the absence of objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has expertise in the area will not mean that the witness' evidence should be struck. However, if the witness is not shown to have possessed expertise to testify in the area, his or her evidence must be disregarded and the jury so instructed. Allowing the jury to consider the experts' evidence did not constitute an error of law because all of them clearly possessed expertise sufficient to permit them to testify as they did.

The evidence that the child's maturity in dealing with her injury suggested long term abuse was only tangentially relevant and its probative value of the issues at trial was low. On the other hand, it was potentially very prejudicial, because it implied that the child was the victim of long-term abuse, a proposition wholly unsupported by the evidence. Its prejudicial effect clearly outweighed any probative value it might have had on the issues the Crown had placed before the jury. This evidence accordingly should not have been admitted.

The judge's direction on the expert evidence may have misled the jury into believing that this evidence, which was of little or no probative weight, was a definitive expert opinion that the child was indeed abused and that her passivity was a key and highly probative factor supporting that conclusion. The reception of this evidence, coupled with the trial judge's direction on it, warranted a new trial being ordered.

The ultimate conclusion as to the credibility or truthfulness of a particular witness is for the trier of fact, and is not the proper subject of expert opinion. A judge or jury which simply accepts an expert's opinion on the credibility of a witness would be abandoning its duty to itself determine the credibility of the witness. The expert who testifies on credibility is not sworn to the heavy duty of a judge or juror. Moreover, the expert's opinion may be founded on factors which are not in the evidence upon which the judge and juror are duty-bound to render a true verdict. Finally, credibility is a notoriously difficult problem, and the expert's opinion may be all too readily accepted by a frustrated jury as a convenient basis upon which to resolve their difficulties.

While expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact. This is particularly the case with evidence of children. Had the expert here restricted her comments to explaining why children may lie to hospital staff about the cause of their injuries, there could have been no objection to her evidence.

The proper procedure to be followed in examining an expert witness on other expert opinions found in papers or books is to ask the witness if he or she knows the work. If the answer is "no", or if the witness denies the work's authority, that is the end of the matter. Counsel cannot read from the work, since that would be to introduce it as evidence. If the answer is "yes", and the witness acknowledges the work's authority, then the witness has confirmed it by the witness' own testimony. Parts of it may be read to the witness, and to the extent they are confirmed, they become evidence in the case.

*Per* La Forest and **Gonthier JJ.**: The reasons of McLachlin J. were agreed with, subject however to the comments of L'Heureux-Dubé J. pertaining to s. 16 of the *Canada Evidence Act* which were adopted.

*Per* **L'Heureux-Dubé J.** (dissenting): Section 16 must be interpreted against a backdrop of reform, increased awareness of the value and reliability of children's evidence and the general trends in evidence law. Although the need for corroboration has been repealed, an inquiry into the testimonial competence of children is still required. Previously courts were required to determine if the child was possessed of "sufficient intelligence" to testify, whereas they now must assess whether the child is able to "communicate the evidence". The amendment is of no great significance. In fact, even under the previous provisions, there was no requirement that the trial judge assess a child's powers of perception and recollection independently of, or in addition to, the child's ability to respond to questions. Parliament would have used much clearer language had it intended to return to the common law test which applied before the enactment of the previous s. 16 of the Act.

The common law rules rest on the presumption that the evidence of certain classes of witnesses is inherently unreliable. To require an inquiry into perception and recollection under s. 16 of the Act implicitly imports the presumption of unreliability back into children's evidence -- the very notion Parliament revoked in its reforms to s. 16.

Under s. 16, once the child's ability to communicate (understood as the ability to respond to questions) has been established, any limitations due to deficiencies in recollection or perception go to weight rather than admissibility. The basic ability of a child to recollect past events may often be apparent from the inquiry into the child's ability to communicate in any event. The adequacy of a child's powers of perception and recollection, even if set at a low threshold, may be assessed differently by different judges. Limiting the inquiry to the ability to understand and respond to questions, as s. 16 of the Act prescribes, has the virtues of simplicity and ease of determination. This, in turn, will ensure consistency and predictability with regard to the admission of evidence of both children and the mentally challenged. The rest may be left to the trier of fact.

Section 16 governs the reception of evidence of persons besides children, such as the mentally challenged, whose competence to testify is questioned. Notwithstanding obvious limitations to the powers of perception and recollection among some persons whose competence is challenged, the witness may indeed have something very useful to disclose about the events at issue. Handicapped persons, for example, suffer from a very high incidence of abuse and to exclude their evidence could often render prosecution impossible with the consequence that abusers could continue to prey on such victims without fear of being called to account for their actions. Courts must refrain from interpreting statutory provision in a manner that imposes additional barriers to the reception of such evidence which is precisely what the Act aims to prevent.

The charge to the jury was adequately crafted to warn the jury of the frailties of the child's testimony and the danger of convicting on that basis alone.

The function of an expert is to assist the trier of fact in drawing inferences about matters which lie beyond common experience. In the present case, each of the doctors whose evidence was challenged was engaged in medical

---

work which allowed them to form clinical opinions which could be of use to the jury. Their evidence fell well within the criteria for the reception of expert evidence.

The fact that no long term abuse was alleged does not transform expert evidence on the characteristics of abused children into evidence of an accused's character. The presence of abuse on that one occasion was the central issue of this case. The question was whether the abuse occurred at all, not how many times or over what period of time. On this basis, the relevance of expert testimony about child abuse was clearly established. The defence made no objection to the introduction of this evidence but actively participated in exploring it.

The information from the expert, tendered for the larger purpose of assisting the jury in understanding why a child might react in a certain way if he or she were abused, did not cross the boundary of permissible expert opinion and usurp the jury's function in determining the child's credibility. It was an error to instruct the jury that it was the expert's opinion that the child was an abused child, since the expert did not in fact make such a statement. This error must be considered in light of the entire charge to the jury and the specific direction the trial judge gave to the jury not to decide the case in terms of child abuse but to focus on the assault under consideration. Considering the totality of the charge to the jury, the jury cannot have been mistaken about the nature of the issue before them or their responsibility as triers of fact for the ultimate decision about the credibility of the witnesses in the case.

A learned treatise must first be adopted by the expert as authoritative if it is to be read in to the body of evidence during cross-examination. By contrast, learned treatises may be put to considerably broader use in many U.S. jurisdictions. Under the U.S. Federal Rules of Evidence, learned material can be read into evidence as long as it is called to the attention of the expert on cross-examination and its authoritative nature is reliably established. The American approach was favoured because it prevented a witness from foreclosing an inquiry into the depth or breadth of his or her knowledge by simply refusing to acknowledge a study. The expert here was unaware of the studies cited by the Crown and could not adopt them as authoritative. The appellant could not complain that the cross-examination of her own expert was prejudicial simply because the Crown may have been successful in circumscribing the limits of his knowledge which thereby rendered his testimony less effective.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 14 W.C.B. (2d) 49, dismissing an appeal from sentence and varying the sentence following conviction by Gotlib Dist. Ct. J. sitting with jury (1990), 9 W.C.B. (2d) 684. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Marlys Edwardh and Shaun Nakatsuru, for the appellant.*

*Catherine A. Cooper and Susan Chapman, for the respondent.*

*Solicitors for the appellant: Nakatsuru & Doucette, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Toronto.*

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

*Preuve -- Témoignage d'expert -- Témoignage d'un enfant sur des voies de fait graves -- Témoins experts appelés pour corroborer la version des événements du ministère public et de la défense -- Témoignage d'un expert sur la question de savoir si l'enfant dit la vérité et sur les effets psychologiques des mauvais traitements -- Degré d'habileté à établir dans le cadre d'une enquête sur la capacité de l'enfant de communiquer en vertu de l'art. 16(1)b) de la Loi sur la preuve au Canada -- La mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage de l'enfant était-elle suffisante? -- Le témoignage d'opinion qui excède le domaine d'expertise d'un expert qualifié est-il admissible? -- Les commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant sont-ils pertinents? -- Nature de l'interrogatoire des témoins experts -- Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.2(1) -- Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)b), (3).*



L'appelante a été accusée d'avoir commis des voies de fait graves (en contravention du par. 245.2(1), maintenant par. 268(1), du *Code criminel*) sur la personne de sa petite-fille âgée de trois ans et demi. Au procès, 17 mois après l'incident, le ministère public a allégué que l'appelante avait appuyé le visage de l'enfant contre une porte de cuisinière chaude afin de la punir. L'enfant, qui n'avait pas prêté serment, a témoigné que sa «grand-maman» l'avait mise dans (ou sur) la cuisinière. L'appelante et son époux ont tous deux témoigné que, tôt le matin, ils avaient découvert l'enfant, qui criait après s'être brûlée en tentant d'allumer une cigarette avec un briquet au butane.

Le ministère public et la défense ont tous deux appelé plusieurs experts à témoigner pour corroborer leur version des événements. Les témoignages d'expert ont porté sur le fonctionnement des briquets au butane, la nature de la brûlure, la question de savoir si l'enfant disait la vérité au procès et les effets psychologiques des mauvais traitements. Le juge du procès a admis les témoignages d'experts qui s'étaient prononcés hors du domaine d'expertise pour lequel ils étaient qualifiés et elle n'a pas demandé au jury de ne pas en tenir compte. En outre, elle l'a invité à leur accorder de l'importance, signalant que les opinions qui outrepassaient les domaines d'expertise des témoins devaient être considérées avec tous les autres témoignages. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que les témoins témoignent dans ces domaines. Il s'est cependant fortement opposé à l'exposé aux jurés portant qu'ils pouvaient s'appuyer sur les opinions dépassant le domaine d'expertise établi. Le jury a rendu un verdict de culpabilité et le juge a condamné l'appelante à cinq ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité, mais réduit la peine d'emprisonnement.

Le pourvoi soulève les questions suivantes: le degré d'habilité à établir dans le cadre de l'enquête prévue à l'al. 16(1*b*) de la *Loi sur la preuve au Canada* à l'égard des aptitudes d'un enfant à communiquer, le caractère suffisant de la mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage d'un enfant, l'admissibilité d'un témoignage d'opinion qui dépasse le domaine d'expertise des experts qualifiés, la pertinence des commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant et la nature de l'interrogatoire des témoins experts.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, **McLachlin**, Iacobucci et Major: L'habilité à témoigner n'est pas présumée dans le cas d'un enfant qui témoigne sous le régime de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'enfant est placé dans la même situation qu'un adulte dont l'habilité a été contestée. En common law, une telle mise en question obligeait le juge à vérifier l'habilité de la personne à témoigner. L'habilité à témoigner comporte: (1) la capacité d'observer (dont la capacité d'interpréter); (2) la capacité de se souvenir; et (3) la capacité de communiquer. Le but n'est pas de garantir que le témoignage est crédible, mais de s'assurer simplement qu'il atteint la norme minimale de recevabilité. L'enquête porte sur la capacité de percevoir, de se rappeler et de communiquer, et non sur la question de savoir si le témoin a effectivement perçu les événements en question, s'en souvient et les communique. Le critère n'est pas fondé sur des présomptions relatives à l'incapacité des enfants à témoigner et n'est pas conçu pour faire entrave aux témoignages d'enfants. Le critère sert plutôt à décrire les capacités fondamentales que les individus doivent avoir pour témoigner.

L'expression «communiquer les faits dans son témoignage» indique plus qu'une simple capacité verbale. L'expression renvoie à la capacité de témoigner sur les questions dont le tribunal est saisi. Il est nécessaire de vérifier d'une manière générale si le témoin est capable de percevoir les événements, de s'en souvenir et de les communiquer au tribunal. S'il en est convaincu, le juge peut, en vertu du par. 16(3), permettre le témoignage de l'enfant sur promesse de dire la vérité. Il n'est pas nécessaire, pour permettre le témoignage de l'enfant, de déterminer préalablement que l'enfant a perçu les événements mêmes qui sont en cause au procès et qu'il s'en souvient. Les témoins adultes ne sont pas soumis à une telle condition, et les enfants ne devraient pas l'être.

L'enquête tenue en l'espèce était suffisante pour permettre au juge du procès de conclure que l'enfant était capable de percevoir des événements, de s'en souvenir et de les relater à la cour. Cela a permis alors au juge du procès d'admettre le témoignage, sur promesse de l'enfant de dire la vérité. Ce que l'enfant a effectivement perçu des événements en cause et ce dont elle se souvenait était une question qu'il appartenait au jury de trancher après avoir entendu le témoignage principal.

---

et le contre-interrogatoire de l'enfant. Sauf en cas d'erreur manifeste, on ne devrait pas entraver le pouvoir discrétionnaire du juge du procès qui détermine qu'un enfant est capable de témoigner.

Pour les enfants comme pour les adultes, on ne peut adopter aucune formule fixe et précise pour mettre en garde le jury contre les difficultés que risque de soulever la déposition de témoins. Il ne faut pas appliquer de stéréotypes négatifs aux témoignages d'enfants. Le juge des faits doit toutefois tenir compte des faiblesses d'une partie donnée du témoignage. En l'espèce, le juge du procès devait faire une mise en garde sur les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant. Le juge du procès a équitablement souligné ces faiblesses au jury et l'a suffisamment mis en garde.

La seule condition à l'admission d'une opinion d'expert est que le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. Les failles dans l'expertise concernent la valeur du témoignage et non son admissibilité. En l'espèce, les témoins ont été reconnus experts dans un domaine plus restreint que leur domaine d'expertise ou, dans un cas, n'ont pas été formellement reconnus du tout. En pratique, l'avocat qui présente un témoin expert doit le faire reconnaître à ce titre pour tous les domaines dans lesquels il doit exprimer un témoignage d'opinion. Quand cela est fait, l'admissibilité de leur opinion n'est pas mise en doute.

Si importante que puisse être la qualification initiale d'un expert, il serait excessivement formaliste de rejeter le témoignage d'expert pour la simple raison que le témoin se permet de donner une opinion qui s'étend au-delà du domaine d'expertise pour lequel il a été qualifié. En pratique, il appartient à l'avocat adverse de faire objection si le témoin sort des limites de son expertise. L'objection peut être soulevée à l'étape de la qualification initiale ou au cours de la déposition du témoin s'il devient évident que ce dernier outrepassé le domaine pour lequel il a été reconnu qualifié pour donner une opinion d'expert. En l'absence d'objection, l'omission technique de qualifier un témoin qui possède manifestement l'expertise dans le domaine en question ne signifie pas que son témoignage doive être écarté. Toutefois, s'il n'est pas démontré que le témoin possède une expertise lui permettant de témoigner dans le domaine en cause, il ne faut pas tenir compte de son témoignage et le jury doit recevoir des directives à cet effet. Puisque les témoins possédaient tous manifestement une expertise suffisante pour témoigner comme ils l'ont fait, permettre au jury de considérer leur témoignage n'était pas une erreur de droit.

Le témoignage portant que la maturité de l'enfant à l'égard de sa blessure indiquait qu'elle était victime depuis longtemps de mauvais traitements avait une pertinence tangentielle, et sa valeur probante à l'égard des questions soulevées au procès était faible. En revanche, il risquait d'être très préjudiciable puisqu'il impliquait que l'enfant était victime de mauvais traitements depuis longtemps, une hypothèse que la preuve n'appuyait aucunement. Son effet préjudiciable l'emportait nettement sur toute valeur probante qu'il aurait pu avoir à l'égard des questions présentées au jury par le ministère public. Il n'aurait pas dû être admis.

Il se peut que la directive du juge sur le témoignage d'expert ait eu pour effet d'amener le jury à croire que ce témoignage, dont la valeur probante était faible ou inexistante, était l'opinion catégorique de l'expert que l'enfant était effectivement victime de mauvais traitements et que sa passivité constituait un facteur primordial et hautement probant à l'appui de cette conclusion. L'admission de ce témoignage et la directive du juge du procès à cet égard justifient la tenue d'un nouveau procès.

La conclusion finale quant à la crédibilité ou la sincérité d'un témoin donné appartient au juge des faits, et ne doit pas être soumise à l'opinion d'expert. Le juge ou jury qui se contente d'accepter une opinion d'expert sur la crédibilité d'un témoin ne respecterait pas son devoir d'établir lui-même la crédibilité du témoin. L'expert qui témoigne sur la crédibilité n'est pas tenu par la lourde tâche du juge ou du juré. De plus, il se peut que l'opinion de l'expert repose sur des éléments qui ne font pas partie de la preuve en fonction de laquelle le juge et le juré sont tenus de rendre un juste verdict. Enfin, la crédibilité est un problème notoirement complexe, et l'opinion d'un expert risque d'être beaucoup trop facilement acceptée par un jury frustré pour faciliter la résolution de ses difficultés.

Si le témoignage d'expert sur la crédibilité d'un témoin n'est pas admissible, le témoignage d'expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu'il aille au-delà de l'expérience ordinaire du juge des faits. C'est le

---

cas en particulier pour les témoignages d'enfants. Si l'expert avait limité ses commentaires à expliquer la raison pour laquelle des enfants peuvent mentir au personnel hospitalier sur la cause de leurs blessures, on n'aurait pu soulever aucune objection à son témoignage.

Lorsqu'on interroge un témoin expert sur d'autres opinions d'expert exprimées dans des études ou des livres, la procédure à suivre est de demander au témoin s'il connaît l'ouvrage. Dans la négative, ou si le témoin nie l'autorité de l'ouvrage, l'affaire en reste-là. Les avocats ne peuvent lire des extraits de l'ouvrage puisque ce serait les introduire en preuve. Dans l'affirmative, et si le témoin reconnaît l'autorité de l'ouvrage, alors il le confirme par son propre témoignage. Des extraits peuvent être lus au témoin, et dans la mesure où ils sont confirmés, ils deviennent une preuve dans l'affaire.

*Les juges La Forest et Gonthier:* L'opinion du juge McLachlin est acceptée sous réserve toutefois des commentaires du juge L'Heureux-Dubé sur l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels sont acceptés.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* C'est dans le contexte de la réforme, d'une plus grande conscience du poids et de la fiabilité des témoignages d'enfants et des tendances générales du droit de la preuve que l'art. 16 doit être interprété. Bien que l'exigence de corroboration soit abolie, il est toujours nécessaire de tenir une enquête sur l'habileté des enfants à témoigner. Alors qu'antérieurement ils devaient déterminer si l'enfant était doué d'une «intelligence suffisante» pour témoigner, les tribunaux doivent maintenant déterminer s'il est capable de «communiquer les faits dans son témoignage». La modification est sans grande importance. En fait, même en vertu des dispositions antérieures, le juge du procès n'était pas tenu d'apprécier la capacité de l'enfant de percevoir et de se souvenir, indépendamment ou en plus de sa capacité de répondre aux questions. Si le Parlement avait eu l'intention de revenir au critère de common law qui s'appliquait avant l'adoption de l'ancien art. 16 de la Loi, il aurait utilisé un libellé beaucoup plus clair.

Les règles de common law reposent sur la présomption que le témoignage de certaines catégories de témoins est intrinsèquement peu fiable. Exiger la tenue d'une enquête sur la perception et le souvenir, en vertu de l'art. 16 de la Loi, revient implicitement à réintroduire la présomption de manque de fiabilité dans le témoignage d'enfants, notion que le Parlement a abrogée dans sa réforme de l'art. 16.

Dans le cadre de l'art. 16, une fois que la capacité de l'enfant de communiquer, soit sa capacité de répondre aux questions, est établie, toute restriction résultant de failles dans le souvenir ou la perception de l'enfant a une incidence sur le poids du témoignage et non sur son admissibilité. La capacité fondamentale d'un enfant de se souvenir d'événements passés peut de toute façon fréquemment ressortir de l'enquête sur sa capacité de communiquer. La capacité d'un enfant de percevoir et de se souvenir, même si elle est fixée à un seuil peu élevé, peut être appréciée différemment par différents juges. Une enquête limitée à la capacité de l'enfant de comprendre les questions et d'y répondre, comme le prescrit l'art. 16 de la Loi, offre l'avantage d'être simple et facile à trancher. Ces avantages garantiront à leur tour une certaine uniformité et prévisibilité dans l'admission des témoignages des enfants et de ceux qui souffrent de déficiences mentales. Le reste peut être laissé au juge des faits.

L'article 16 régit également la réception du témoignage d'autres personnes, comme celles qui souffrent de déficiences mentales, dont l'habileté à témoigner est mise en question. En dépit de l'existence de limites évidentes au pouvoir de percevoir et de se souvenir chez certaines personnes dont l'habileté est mise en doute, le témoin peut en fait avoir quelque chose de très utile à communiquer sur les événements en cause. Les personnes handicapées par exemple sont fréquemment victimes de mauvais traitements. L'exclusion de leur témoignage risque souvent de rendre la poursuite impossible, ce qui permet aux agresseurs de continuer à s'attaquer à leur victime sans crainte d'avoir à répondre de leurs actes. Les tribunaux doivent se garder d'interpréter les dispositions législatives de manière à créer des obstacles supplémentaires à la réception de tels témoignages, situation que la Loi cherche précisément à éviter.

L'exposé du juge du procès au jury a été élaboré correctement de façon à mettre le jury en garde contre les faiblesses du témoignage de l'enfant et les dangers de déclarer l'accusée coupable sur ce seul fondement.

La fonction d'un expert consiste à aider le juge des faits à tirer des conclusions à l'égard de questions qui débordent l'expérience ordinaire. En l'espèce, tous les médecins dont le témoignage a été contesté travaillaient dans un

---

domaine médical leur permettant de se former des opinions médicales qui pouvaient être utiles au jury. À ce titre, leur témoignage répond tout à fait au critère de recevabilité du témoignage d'expert.

Le fait qu'on n'ait pas allégué de mauvais traitements sur une longue période ne transforme pas le témoignage d'expert sur les caractéristiques des enfants maltraités en une preuve du caractère de l'accusée. L'espèce portait principalement sur la question de l'existence de mauvais traitements à cette seule occasion. La question était de savoir si des mauvais traitements avaient été infligés, et non combien de fois ou pendant combien de temps. Pour ce motif, la pertinence du témoignage d'expert sur les mauvais traitements infligés aux enfants était clairement établie. La défense n'a fait aucune objection à l'introduction de ce témoignage, mais a participé activement à son examen.

Les renseignements fournis par l'expert, pour aider aussi le jury à comprendre la raison pour laquelle un enfant pourrait réagir d'une certaine façon s'il était victime de mauvais traitements, n'ont pas excédé les limites de l'opinion d'expert admissible ni usurpé la fonction du jury qui consiste à apprécier la crédibilité de l'enfant. C'était une erreur de dire au jury que l'expert était d'avis que l'enfant était maltraitée puisque, en réalité, le médecin n'a pas fait une telle déclaration. Cette erreur doit être considérée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et de la directive spécifiquement donnée par le juge du procès au jury de ne pas trancher l'affaire sur le plan des mauvais traitements, mais de se concentrer sur les voies de fait en cause. Compte tenu de l'ensemble de l'exposé au jury, le jury ne peut s'être mépris sur la nature de la question qu'il devait trancher ou sur sa responsabilité, comme juge des faits, de rendre la décision finale sur la crédibilité des témoins dans l'affaire.

L'expert doit d'abord reconnaître l'autorité d'un traité avant que celui-ci soit introduit dans l'ensemble de la preuve au cours du contre-interrogatoire. En revanche, dans plusieurs États américains, les traités scientifiques peuvent être utilisés beaucoup plus largement. En vertu des United States Federal Rules of Evidence, ces documents peuvent être admis en preuve pourvu qu'ils soient portés à l'attention de l'expert pendant le contre-interrogatoire et que leur autorité soit établie d'une manière fiable. La position américaine est préférée puisqu'elle a l'avantage d'éviter que le témoin ferme la porte à la tenue d'un examen de l'étendue de ses connaissances par le simple refus de reconnaître une étude. Ignorant les études citées par le ministère public, l'expert ne pouvait reconnaître l'autorité. L'appelante ne pouvait se plaindre que le contre-interrogatoire de son propre expert lui a causé un préjudice pour la simple raison que le ministère public a réussi à faire ressortir les limites de ses connaissances et à réduire ainsi l'efficacité de son témoignage.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 14 W.C.B. (2d) 49, qui a rejeté l'appel d'une peine et modifié la peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Gotlib de la Cour de district siégeant avec jury (1990), 9 W.C.B. (2d) 684. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Marlys Edwardh et Shaun Nakatsuru*, pour l'appelante.

*Catherine A. Cooper et Susan Chapman*, pour l'intimée.

*Procureurs de l'appelante: Nakatsuru & Doucette, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Ministère du Procureur général, Toronto.*

**WEEKLY AGENDA**

**ORDRE DU JOUR DE LA  
SEMAINE**

---

**AGENDA for the week beginning October 25, 1993.**

**ORDRE DU JOUR pour la semaine commençant le 25 octobre 1993.**

---

<u>Date of Hearing/ Date d'audition</u>	<u>NO.</u>	<u>Case Number and Name/ Numéro et nom de la cause</u>
---	------------	--

The Court is not sitting this week

---

La Cour ne siège pas cette semaine

---

**NOTE:**

This agenda is subject to change. Hearing dates should be confirmed with Process Registry staff at (613) 996-8666.

Cet ordre du jour est sujet à modification. Les dates d'audience devraient être confirmées auprès du personnel du greffe au (613) 996-8666.

---

**DEADLINES: MOTIONS  
BEFORE THE COURT:**

---

Pursuant to Rule 23.1 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, the following deadlines must be met before a motion before the Court can be heard:

**Motion day : November 1, 1993**

Service : October 11, 1993  
Filing : October 18, 1993  
Respondent : October 25, 1993

**Motion day : December 6, 1993**

Service : November 15, 1993  
Filing : November 22, 1993  
Respondent : November 29, 1993

**BEFORE A JUDGE OR THE REGISTRAR:**

Pursuant to Rule 22 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, a motion before a judge or the Registrar must be filed not later than three clear days before the time of the hearing.

Please call (613) 996-8666 for further information.

---

**DÉLAIS: REQUÊTES  
DEVANT LA COUR:**

---

Conformément à l'article 23.1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, les délais suivants doivent être respectés pour qu'une requête soit entendue par la Cour:

**Audience du : 1 novembre 1993**

Signification : 11 octobre 1993  
Dépot : 18 octobre 1993  
Intimé : 25 octobre 1993

**Audience du : 6 décembre 1993**

Signification : 15 novembre 1993  
Dépot : 22 novembre 1993  
Intimé : 29 novembre 1993

**DEVANT UN JUGE OU LE REGISTRAIRE:**

Conformément à l'article 22 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, une requête présentée devant un juge ou le registraire doit être déposée au moins trois jours francs avant la date d'audition.

Pour de plus amples renseignements, veuillez appeler au (613) 996-8666.

## DEADLINES: APPEALS

The next session of the Supreme Court of Canada commences on October 4, 1993.

Pursuant to the *Supreme Court Act* and *Rules*, the following requirements for filing must be complied with before an appeal will be inscribed and set down for hearing:

**Case on appeal** must be filed within three months of the filing of the notice of appeal.

**Appellant's factum** must be filed within five months of the filing of the notice of appeal.

**Respondent's factum** must be filed within eight weeks of the date of service of the appellant's factum.

**Intervener's factum** must be filed within two weeks of the date of service of the respondent's factum.

The Registrar shall inscribe the appeal for hearing upon the filing of the respondent's factum or after the expiry of the time for filing the respondent's factum

The Registrar shall enter on a list all appeals inscribed for hearing at the October 1993 Session on August 4, 1993.

## DÉLAIS: APPELS

La prochaine session de la Cour suprême du Canada débute le 4 octobre 1993.

Conformément à la *Loi sur la Cour suprême* et aux *Règles*, il faut se conformer aux exigences suivantes avant qu'un appel puisse être inscrit pour audition:

**Le dossier d'appel** doit être déposé dans les trois mois du dépôt de l'avis d'appel.

**Le mémoire de l'appellant** doit être déposé dans les cinq mois du dépôt de l'avis d'appel.

**Le mémoire de l'intimé** doit être déposé dans les huit semaines suivant la signification de celui de l'appellant.

**Le mémoire de l'intervenant** doit être déposé dans les deux semaines suivant la signification de celui de l'intimé.

Le registraire inscrit l'appel pour audition après le dépôt du mémoire de l'intimé ou à l'expiration du délai de signification du mémoire de l'intimé.

Le 4 août 1993, le registraire met au rôle de la session d'octobre 1993 tous les appels inscrits pour audition.