

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**David Sullivan** *Respondent*

- and -

**Her Majesty The Queen**

*Appellant / Respondent on application for leave to cross-appeal*

v.

**Thomas Chan** *Respondent / Applicant on application for leave to cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association, Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Canadian Civil Liberties Association, Women's Legal Education and Action Fund Inc. and Advocates for the Rule of Law**  
*Interveners*

**INDEXED AS: R. v. SULLIVAN**

**2022 SCC 19**

File No.: 39270.

2021: October 12; 2022: May 13.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**David Sullivan** *Intimé*

- et -

**Sa Majesté la Reine**

*Appelante / Intimée à la demande d'autorisation d'appel incident*

c.

**Thomas Chan** *Intimé / Demandeur à la demande d'autorisation d'appel incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, British Columbia Civil Liberties Association, Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes et Advocates for the Rule of Law**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SULLIVAN**

**2022 CSC 19**

N° du greffe : 39270.

2021 : 12 octobre; 2022 : 13 mai.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

#### ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

#### EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Reasonable limits — Section 33.1 of Criminal Code preventing accused from raising common law defence of self-induced intoxication akin to automatism — Whether s. 33.1 violates principles of fundamental justice or presumption of innocence — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 33.1.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Limites raisonnables — Article 33.1 du Code criminel empêchant l'accusé d'invoquer la défense en common law d'intoxication volontaire s'apparentant à l'automatisme — L'article 33.1 viole-t-il les principes de justice fondamentale ou la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 et 11d) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 33.1.*

*Constitutional law — Remedy — Declaration of invalidity — Whether declaration of unconstitutionality issued by superior court pursuant to s. 52(1) of Constitution Act, 1982, can be considered binding on courts of coordinate jurisdiction.*

*Droit constitutionnel — Réparation — Déclaration d'invalidité — Peut-on considérer qu'une déclaration prononcée par une cour supérieure en application du par. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 lie les tribunaux de juridiction équivalente?*

*Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Accused convicted of indictable offence at trial — Court of Appeal setting aside conviction and ordering new trial — Crown bringing appeal to Supreme Court of Canada — Accused applying for leave to cross-appeal order of new trial and requesting stay — Whether Court has jurisdiction to hear accused's appeal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691.*

*Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — Compétence — Accusé déclaré coupable d'un acte criminel au procès — Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et ordonnant un nouveau procès — Appel interjeté par la Couronne à la Cour suprême du Canada — Demande de l'accusé visant à obtenir l'autorisation d'interjeter un appel incident à l'égard de la décision ordonnant la tenue d'un nouveau procès et sollicitant un arrêt des procédures — La Cour a-t-elle compétence pour instruire l'appel de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691.*

After having voluntarily taken an overdose of a prescription drug and falling into an impaired state, S attacked his mother with a knife and injured her gravely. He was charged with several offences, including aggravated assault and assault with a weapon. In unrelated circumstances, C fell into an impaired state after he voluntarily ingested magic mushrooms containing a drug called psilocybin. He attacked his father with a knife and killed him, and seriously injured his father's partner. C was tried for manslaughter and aggravated assault. Both S and C argued at their respective trials that their state of intoxication was so extreme that their actions were involuntary and could not be the basis of a guilty verdict for the violent offences of general intent brought against them. C also argued that an underlying brain injury was the significant contributing cause of his psychosis,

Après avoir volontairement consommé une surdose de médicaments sur ordonnance et avoir sombré dans un état de conscience diminuée, S a attaqué sa mère avec un couteau et l'a gravement blessée. Il a été accusé de plusieurs infractions, notamment de voies de fait graves et d'agression armée. Dans des circonstances non liées, C a aussi sombré dans un état de conscience diminuée après avoir volontairement ingéré des champignons magiques contenant une drogue appelée psilocybine. Il a attaqué son père avec un couteau et l'a tué, en plus de blesser gravement la conjointe de son père. C a subi un procès relativement à des accusations d'homicide involontaire coupable et de voies de fait graves. S et C ont tous les deux soutenu lors de leur procès respectif que leur état d'intoxication était si extrême que leurs actions étaient involontaires et ne pouvaient justifier un verdict de culpabilité pour les accusations d'infractions

rather than his intoxication alone, such that he was not criminally responsible.

In the case of S, the trial judge accepted that S was acting involuntarily but decided that the defence of extreme intoxication akin to automatism was not available by virtue of s. 33.1 of the *Criminal Code*. S was convicted of the two assault charges. The trial judge in C's case dismissed C's constitutional challenge to s. 33.1, during which C had argued that previous decisions of the same court that declared s. 33.1 unconstitutional were binding on the trial judge. C's brain trauma was held to be a mental disorder but not the cause of C's incapacity, which was the result of the voluntary ingestion of magic mushrooms. C was convicted of manslaughter and aggravated assault.

The Court of Appeal heard appeals by S and C together and held that s. 33.1 violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not saved by s. 1. S and C were therefore entitled to raise the defence of automatism. The Court of Appeal also addressed the issue of whether the trial judge in C's case was bound by precedent of a court of coordinate jurisdiction in the province to accept the unconstitutionality of s. 33.1. It held that the ordinary rules of *stare decisis* apply when superior courts in first instance consider whether to follow previous declarations of unconstitutionality. The trial judge was correct to decide that he was not bound by previous decisions and entitled to consider the issue afresh. In the result, S's convictions were set aside and acquittals entered. The Court of Appeal ordered a new trial for C because no finding of fact had been made in respect of non-mental disorder automatism. The Crown appeals to the Court from the Court of Appeal's decision in respect of both S and C, and C applies for leave to cross-appeal the order of a new trial, seeking an acquittal or, in the alternative, a stay of proceedings.

*Held:* The appeals should be dismissed. C's application for leave to cross-appeal should be quashed for want of jurisdiction.

In the companion appeal of *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374, the Court concludes that s. 33.1 violates the *Charter* and is of no force or effect pursuant

violentes d'intention générale portées contre eux. C a aussi fait valoir qu'une lésion cérébrale sous-jacente, plutôt que sa seule intoxication, était la cause ayant contribué de façon appréciable à sa psychose, de sorte qu'il n'était pas criminellement responsable.

Dans le cas de S, le juge du procès a déterminé que S avait agi de façon involontaire, mais a décidé que celui-ci ne pouvait se prévaloir de la défense d'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme en raison de l'art. 33.1 du *Code criminel*. S a été déclaré coupable des deux accusations de voies de fait. Dans le cas de C, le juge du procès a rejeté la contestation constitutionnelle de l'art. 33.1 présentée par ce dernier. Dans le cadre de cette contestation, C avait soutenu que le juge du procès était lié par les décisions antérieures de la même cour qui déclaraient l'art. 33.1 inconstitutionnel. Le juge a conclu que la lésion cérébrale de C constituait un trouble mental, mais n'était pas la cause de son incapacité, qui était plutôt due à l'ingestion volontaire de champignons magiques. C a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et de voies de fait graves.

La Cour d'appel a instruit les pourvois de S et C ensemble et a conclu que l'art. 33.1 viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et n'est pas sauvegardé par l'article premier. S et C pouvaient donc tous les deux invoquer la défense de l'automatisme. La Cour d'appel a aussi abordé la question de savoir si le juge du procès, dans le cas de C, était lié par un précédent d'un tribunal de juridiction équivalente dans la province et était tenu d'accepter l'inconstitutionnalité de l'art. 33.1. Elle a conclu que les règles ordinaires du *stare decisis* s'appliquent lorsque les cours supérieures de première instance se demandent s'il y a lieu de suivre les déclarations antérieures d'inconstitutionnalité. Le juge du procès a eu raison de décider qu'il n'était pas lié par les décisions antérieures et qu'il pouvait examiner la question de nouveau. Par conséquent, les déclarations de culpabilité de S ont été annulées et des acquittements ont été prononcés. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès pour C parce qu'aucune conclusion de fait n'avait été tirée concernant l'automatisme sans troubles mentaux. La Couronne interjette appel à la Cour des décisions de la Cour d'appel à la fois pour S et pour C, et C demande l'autorisation de former un pourvoi incident à l'égard de l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès, cherchant à obtenir un acquittement ou, subsidiairement, un arrêt des procédures.

*Arrêt :* Les pourvois sont rejetés. La demande d'autorisation d'appel incident présentée par C est cassée pour défaut de compétence.

Dans le pourvoi connexe *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374, la Cour conclut que l'art. 33.1 viole la *Charte* et est inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi*

to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. That conclusion is applicable to the Crown's appeals in the present cases. In the result, given that s. 33.1 is of no force or effect, S is entitled to acquittals. He established that he was intoxicated to the point of automatism and the trial judge found that he was acting involuntarily. As for C, the Court of Appeal's order for a new trial should be upheld. C may avail himself of the defence of non-mental disorder automatism at a new trial, should it be applicable on the facts.

The ordinary rules of horizontal *stare decisis* and judicial comity apply to declarations of unconstitutionality issued by superior courts within the same province. A decision may not be binding if it is distinguishable on its facts or the court had no practical way of knowing it existed. If it is binding, a trial court may only depart if one or more of the exceptions set out in *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.), apply.

Accordingly, a trial judge is not strictly bound by a prior declaration by a court of coordinate jurisdiction by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. A s. 52(1) declaration of unconstitutionality reflects an ordinary judicial task of determining a question of law. Determining whether an impugned law is inconsistent with the provisions of the Constitution and, if so, whether and to what extent the law is of no force or effect is no different than other questions of law decided outside the constitutional context. Judges cannot in a literal sense strike down legislation when they review the consistency of the law with the Constitution under s. 52(1). A declaration of unconstitutionality simply refutes the presumption of constitutionality; it does not alter the terms of the statute. Questions of law are governed by the normal rules and conventions that constrain courts in the performance of their judicial tasks, including applying the ordinary principles of *stare decisis*. A judicial declaration made under s. 52(1) by a superior court is therefore binding on other courts within the confines of the law relating to precedent.

The principle of constitutional supremacy cannot dominate the analysis of s. 52(1) to the exclusion of other constitutional principles. The legal effect of a s. 52(1) declaration by a superior court must be defined with reference to constitutional supremacy, the rule of law, and federalism. Pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, superior

*constitutionnelle de 1982*. Cette conclusion est applicable aux pourvois interjetés par la Couronne dans les présentes affaires. Puisque l'art. 33.1 est inopérant, S a droit à des acquittements. Il a établi au procès qu'il était dans un état d'intoxication s'apparentant à l'automatisme et le juge du procès a conclu qu'il agissait de façon involontaire. Pour ce qui est de C, l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès doit être confirmée. C peut invoquer la défense d'automatisme sans troubles mentaux lors d'un nouveau procès, si elle est applicable compte tenu des faits.

Les règles ordinaires du *stare decisis* horizontal et de la courtoisie judiciaire s'appliquent aux déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par les cours supérieures dans une même province. Une décision peut ne pas être contraignante s'il est possible de la distinguer au vu des faits en cause ou si le tribunal n'avait aucun moyen pratique de savoir qu'elle existait. Si la décision fait autorité, une cour de première instance ne peut s'en écarter que si l'une ou plusieurs des exceptions établies dans la décision *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.) s'appliquent.

En conséquence, le juge qui préside un procès n'est pas strictement lié par une déclaration antérieure d'un tribunal de juridiction équivalente en raison du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur le par. 52(1) est le résultat d'une tâche judiciaire ordinaire consistant à trancher une question de droit. Déterminer si une disposition contestée est incompatible avec la Constitution et, dans l'affirmative, identifier la portée de cette incompatibilité afin de décider si la disposition législative est inopérante et dans quelle mesure est l'est, n'est pas une question différente des autres questions de droit tranchées en dehors du contexte constitutionnel. Les juges ne peuvent pas, au sens littéral, invalider une loi lorsqu'ils se penchent sur la conformité de la disposition contestée avec la Constitution au titre du par. 52(1). Une déclaration d'inconstitutionnalité réfute simplement la présomption de constitutionnalité; elle ne modifie pas le libellé de la loi. Les questions de droit sont régies par les règles et conventions ordinaires qui limitent les tribunaux dans l'exécution de leurs tâches judiciaires, y compris l'application des règles ordinaires du *stare decisis*. Une déclaration judiciaire faite en application du par. 52(1) par une cour supérieure lie donc les autres tribunaux dans les limites prescrites du droit relatif au précédent.

Le principe de la suprématie de la Constitution ne saurait dominer l'analyse du par. 52(1) à l'exclusion des autres principes constitutionnels. L'effet juridique d'une déclaration faite par une cour supérieure en application du par. 52(1) doit être défini en fonction de la suprématie de la Constitution, de la primauté du droit et du fédéralisme.

courts operating within a province only have powers within the province. Federalism prevents a s. 52(1) declaration issued within one province from binding courts throughout the country. Horizontal *stare decisis* applies to courts of coordinate jurisdiction within a province and a constitutional ruling will bind lower courts through vertical *stare decisis*. *Stare decisis* is the appropriate framework to apply to litigation of constitutional issues, because it balances stability and predictability against correctness and the orderly development of the law. The Crown may consider an appeal when faced with conflicting trial decisions relating to a law on which the prosecution continues to rely, but is not bound to appeal declarations of unconstitutionality in criminal matters. However desirable uniform treatment of the substantive criminal law might be within or even across provinces, a decision to appeal remains within the discretion of the relevant attorney general, to be decided in keeping with its authority to pursue the public interest and the constitutional and practical constraints relating to its office.

Varying standards have been invoked to define when departure from prior precedent is appropriate, for example if it is plainly wrong, when there is good reason for doing so or in extraordinary circumstances. These qualitative tags are susceptible of extending to almost any circumstance and do not provide precise guidance. These terms should no longer be used. Judicial comity as well as the rule of law principles supporting *stare decisis* mean that prior decisions should be followed unless the *Spruce Mills* criteria are met. Trial courts should only depart from binding decisions issued by a court of coordinate jurisdiction in three narrow circumstances: the rationale of the earlier decision has been undermined by subsequent appellate decisions; some binding authority in case law or some relevant statute was not considered; or the earlier decision was not fully considered, for example if it was taken in exigent circumstances. Where a judge is faced with conflicting authority on the constitutionality of legislation, the judge must follow the most recent authority unless one or more of these three criteria are met. These criteria do not detract from the narrow circumstances in which a lower court may depart from binding vertical precedent.

Conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les cours supérieures qui exercent leurs activités dans une province ne disposent de pouvoirs que dans celle-ci. Le fédéralisme empêche qu'une déclaration faite en application du par. 52(1) dans une province lie les tribunaux partout au Canada. Le *stare decisis* horizontal s'applique aux tribunaux de juridiction équivalente dans une province, et une décision sur la constitutionnalité liera les juridictions inférieures par la voie du *stare decisis* vertical. La règle du *stare decisis* est le bon cadre d'analyse à appliquer aux litiges concernant des questions constitutionnelles, car elle concilie, d'une part, la stabilité et la prévisibilité et, d'autre part, la justesse et l'évolution ordonnée du droit. La Couronne peut envisager un appel lorsqu'elle fait face à des décisions contradictoires en première instance concernant une disposition sur laquelle elle continue de s'appuyer, mais elle n'est pas tenue de porter en appel les déclarations d'inconstitutionnalité dans les affaires criminelles. Aussi souhaitable que soit le traitement uniforme du droit criminel substantiel au sein des provinces ou même entre celles-ci, la décision d'interjeter appel relève du pouvoir discrétionnaire du procureur général compétent, qui prend cette décision conformément à son pouvoir de servir l'intérêt public et aux contraintes constitutionnelles et pratiques relatives à sa charge.

Différentes normes ont été invoquées pour établir quand il est opportun de s'écarter d'un précédent, par exemple si la décision est manifestement erronée, lorsqu'il existe de bonnes raisons de le faire ou dans des circonstances extraordinaires. Ces étiquettes qualitatives sont susceptibles de viser presque toute situation et ne fournissent pas de directives précises. Ces termes ne devraient plus être employés. Le principe de la courtoisie judiciaire ainsi que les principes de la primauté du droit qui appuient la règle du *stare decisis* impliquent que les décisions antérieures devraient être suivies, à moins que les critères énoncés dans la décision *Spruce Mills* soient respectés. Les tribunaux de première instance ne devraient s'écarter des décisions faisant autorité rendues par un tribunal de juridiction équivalente que dans trois situations précises : la justification de la décision antérieure a été compromise par des décisions subséquentes de cours d'appel; un précédent faisant autorité ou une loi pertinente n'a pas été pris en considération; ou la décision antérieure n'a pas été mûrement réfléchie, par exemple si elle a été prise dans une situation d'urgence. Lorsque le juge se trouve devant des précédents contradictoires sur la constitutionnalité d'une disposition législative, il doit suivre la décision la plus récente, sauf si au moins un des trois critères susmentionnés est respecté. Ces critères ne changent rien aux situations précises dans lesquelles une juridiction inférieure peut s'écarter d'un précédent faisant autorité malgré la règle du *stare decisis* vertical.

An application of the doctrine of horizontal *stare decisis* to C's case illustrates how these criteria should work in practice. *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295, did not engage with an earlier Ontario decision that upheld the constitutionality of s. 33.1 and *Dunn* did not apply the criteria to determine whether it was permissible to depart from that precedent; therefore it was a decision *per incuriam* and did not need to be followed. The earlier decision considered the appropriate statutes and authorities in reaching the conclusion that s. 33.1 infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was upheld under s. 1 and there is no indication that it was rendered in exigent circumstances. Therefore, that decision should have been followed by the trial judge in the constitutional ruling in C's case. On appeal, however, the Court of Appeal was not bound to follow any first instance superior court decision.

There is no statutory route for C to appeal the Court of Appeal's order of a new trial. Section 695 of the *Criminal Code* does not provide the Court with the jurisdiction to hear a cross-appeal by C. Sections 691 and 692 of the *Criminal Code* set out the jurisdiction of the Court to hear criminal appeals brought by criminal accused and represent the whole of an accused's express statutory right to appeal when their conviction has been affirmed or their acquittal set aside by the Court of Appeal. In cases like C's, where an accused, having been convicted of an indictable offence at trial, is granted a new trial, s. 691 does not provide a route of appeal to the Court. As for a stay of proceedings, it may only be granted in the clearest of cases, where prejudice to an accused's rights or to the judicial system is irreparable and cannot be remedied. The record before the Court is insufficient to conclude that C's right to a fair trial is prejudiced.

## Cases Cited

By Kasirer J.

**Applied:** *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374; *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590; **distinguished:** *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; **explained:** *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; **considered:** *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022;

L'application de la théorie du *stare decisis* horizontal au cas de C montre de quelle manière ces critères devraient opérer en pratique. Le jugement *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295, ne traitait pas d'une décision antérieure ontarienne qui confirmait la constitutionnalité de l'art. 33.1 et le tribunal dans l'affaire *Dunn* n'a pas appliqué les critères pour décider s'il était possible de s'écarter de ce précédent; il s'agissait donc d'une décision rendue *per incuriam* et il n'était pas nécessaire de la suivre. La décision antérieure a tenu compte des lois et sources appropriées pour arriver à la conclusion que l'art. 33.1 contrevenait à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, mais qu'il était sauvegardé en application de l'article premier, et rien n'indique que la décision a été rendue dans une situation d'urgence. Par conséquent, le juge du procès aurait dû suivre cette décision lorsqu'il a rendu sa décision en matière constitutionnelle dans le cas de C. En appel, toutefois, la Cour d'appel n'était pas tenue de suivre quelque décision que ce soit d'une cour supérieure de première instance.

C ne dispose d'aucune voie légale pour interjeter appel de l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès. L'article 695 du *Code criminel* ne confère pas à la Cour compétence pour instruire un appel incident de C. Les articles 691 et 692 du *Code criminel* établissent la compétence de la Cour pour instruire des appels en matière criminelle interjetés par des accusés et représentent l'intégralité du droit d'appel qu'accorde expressément la loi à un accusé lorsque sa déclaration de culpabilité a été confirmée ou son acquittement a été annulé par la Cour d'appel. Dans une situation comme celle de C, où l'accusé reconnu coupable d'un acte criminel au procès se voit accorder un nouveau procès, l'art. 691 n'offre pas de voie d'appel à la Cour. Pour ce qui est de l'arrêt des procédures, il ne peut être prononcé que dans les cas les plus manifestes, où l'atteinte aux droits de l'accusé ou au système judiciaire est irréparable et il serait impossible d'y remédier. Le dossier présenté à la Cour est insuffisant pour conclure qu'il y a eu atteinte au droit de C à un procès équitable.

## Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

**Arrêts appliqués :** *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374; *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; **arrêts expliqués :** *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; **arrêts examinés :** *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295;

*R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359; *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339; **referred to**: *R. v. Scarlett*, 2013 ONSC 562; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; *Coquitlam (City) v. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275, aff'd 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Ontario (Attorney General) v. G.*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629; *R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Parent v. Guimond*, 2016 QCCA 159; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *R. v. McCann*, 2015 ONCA 451; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27; *R. v. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561; *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Green*, 2021 ONSC 2826; *R. v. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4; *R. v. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Shea*, 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17; *Saumur v. Recorder's Court (Quebec)*, [1947] S.C.R. 492; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

*R. c. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. c. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359; *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339; **arrêts mentionnés** : *R. c. Scarlett*, 2013 ONSC 562; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181; *Coquitlam (City) c. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275, conf. par 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Ontario (Procureur général) c. G.*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629; *R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531; *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Parent c. Guimond*, 2016 QCCA 159; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *R. c. McCann*, 2015 ONCA 451; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27; *R. c. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561; *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Green*, 2021 ONSC 2826; *R. c. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4; *R. c. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22; *The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Shea*, 2010 CSC 26, [2010] 2 R.C.S. 17; *Saumur c. Recorder's Court (Quebec)*, [1947] R.C.S. 492; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

**Statutes and Regulations Cited**

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, preamble, ss. 1, 7, 11(d), 24(1).  
*Constitution Act, 1867*, s. 96.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 33.1, 691, 692, 695.  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 29(3).  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

**Authors Cited**

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Canada. Department of Justice Canada. *Principles guiding the Attorney General of Canada in Charter litigation*, Ottawa, 2017.
- Garner, Bryan A., et al. *The Law of Judicial Precedent*. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2016.
- Gélinas, Fabien. « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle » (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 455.
- Gervais, Marc-Antoine. « Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien » (2021), 66 *McGill L.J.* 509.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Kerwin, Scott. « *Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court: Revisiting *Hansard Spruce Mills* » (2004), 62 *Advocate* 541.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Mancini, Mark. « Declarations of Invalidity in Superior Courts » (2019), 28:3 *Const. Forum* 31.
- Marcotte, Alexandre. « A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of *Stare Decisis* » (2021), 42 *N.J.C.L.* 1.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Pinard, Danielle. « De l'inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*. Montréal: Yvon Blais, 2016, 329.

**Lois et règlements cités**

- Charte canadienne des droits et libertés*, préambule, art. 1, 7, 11(d), 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 16, 33.1, 691, 692, 695.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 29(3).

**Doctrine et autres documents cités**

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Canada. Ministère de la Justice Canada. *Principes guidant le procureur général du Canada dans les litiges fondés sur la Charte*, Ottawa, 2017.
- Garner, Bryan A., et al. *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2016.
- Gélinas, Fabien. « La primauté du droit et les effets d'une loi inconstitutionnelle » (1988), 67 *R. du B. can.* 455.
- Gervais, Marc-Antoine. « Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien » (2021), 66 *R.D. McGill* 509.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Kerwin, Scott. « *Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court : Revisiting *Hansard Spruce Mills* » (2004), 62 *Advocate* 541.
- Leckey, Robert. *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Mancini, Mark. « Declarations of Invalidity in Superior Courts » (2019), 28:3 *Forum const.* 31.
- Marcotte, Alexandre. « A Question of Law : (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of *Stare Decisis* » (2021), 42 *N.J.C.L.* 1.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Pinard, Danielle. « De l'inhabilité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Montréal, Yvon Blais, 2016, 329.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated October 2021, release 2).

Roach, Kent. “Not Just the Government’s Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598.

Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Rowe, Malcom, and Leanna Katz. “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.

Waldron, Jeremy. « *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach* » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated October 2021, release 2).

Roach, Kent. « Not Just the Government’s Lawyer : The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598.

Rosenberg, Marc. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.

Rowe, Malcom, and Leanna Katz. « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.

Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

Waldron, Jeremy. « *Stare Decisis and the Rule of Law : A Layered Approach* » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Watt, Lauwers and Paciocco JJ.A.), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), setting aside the convictions for aggravated assault and assault with a weapon entered by Salmers J., [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL), and entering verdicts of acquittal. Appeal dismissed.

APPEAL and APPLICATION FOR LEAVE TO CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Watt, Lauwers and Paciocco JJ.A.), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), setting aside the convictions for manslaughter and aggravated assault entered by Boswell J., 2018 ONSC 7158, [2018] O.J. No. 6459 (QL), 2018 CarswellOnt 20662 (WL), and ordering a new trial. Appeal dismissed and application for leave to cross-appeal quashed.

*Joan Barrett, Michael Perlin and Jeffrey Wyngaarden*, for the appellant/respondent on application for leave to cross-appeal.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Watt, Lauwers et Paciocco), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour voies de fait graves et agression armée inscrites par le juge Salmers, [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL), et inscrit des verdicts d’acquittal. Pourvoi rejeté.

POURVOI et DEMANDE D’AUTORISATION D’APPEL INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Watt, Lauwers et Paciocco), 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353, 387 C.C.C. (3d) 304, 63 C.R. (7th) 77, 462 C.R.R. (2d) 231, [2020] O.J. No. 2452 (QL), 2020 CarswellOnt 7645 (WL), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour homicide involontaire coupable et voies de fait graves inscrites par le juge Boswell, 2018 ONSC 7158, [2018] O.J. No. 6459 (QL), 2018 CarswellOnt 20662 (WL), et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté et demande d’autorisation d’appel incident cassée.

*Joan Barrett, Michael Perlin et Jeffrey Wyngaarden*, pour l’appelante/intimée à la demande d’autorisation d’appel incident.

*Stephanie DiGiuseppe and Karen Heath*, for the respondent David Sullivan.

*Matthew R. Gourlay and Danielle Robitaille*, for the respondent/applicant on application for leave to cross-appeal Thomas Chan.

*Michael H. Morris, Roy Lee and Rebecca Sewell*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sylvain Leboeuf and Jean-Vincent Lacroix*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Ami Kotler*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Lara Vizsolyi*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Noah Wernikowski*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Deborah J. Alford*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Jeremy Opolsky, Paul Daly, Jake Babad and Julie Lowenstein*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin and Maya Kotob*, for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health.

*Lindsay Daviau and Deepa Negandhi*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Eric S. Neubauer*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Megan Stephens and Lara Kinkartz*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

*Connor Bildfell and Asher Honickman*, for the intervener the Advocates for the Rule of Law.

*Stephanie DiGiuseppe et Karen Heath*, pour l'intimé David Sullivan.

*Matthew R. Gourlay et Danielle Robitaille*, pour l'intimé/demandeur à la demande d'autorisation d'appel incident Thomas Chan.

*Michael H. Morris, Roy Lee et Rebecca Sewell*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Sylvain Leboeuf et Jean-Vincent Lacroix*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Ami Kotler*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Lara Vizsolyi*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Noah Wernikowski*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Deborah J. Alford*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Jeremy Opolsky, Paul Daly, Jake Babad et Julie Lowenstein*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

*Carter Martell, Anita Szigeti, Sarah Rankin et Maya Kotob*, pour l'intervenant Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health.

*Lindsay Daviau et Deepa Negandhi*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Eric S. Neubauer*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Megan Stephens et Lara Kinkartz*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

*Connor Bildfell et Asher Honickman*, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

## I. Overview

[1] After having voluntarily taken an overdose of a prescription drug and falling into an impaired state, David Sullivan attacked his mother with a knife and injured her gravely. He was charged with several offences, including aggravated assault and assault with a weapon. In unrelated circumstances, Thomas Chan also fell into an impaired state after he voluntarily ingested “magic mushrooms” containing a drug called psilocybin. Mr. Chan attacked his father with a knife and killed him and seriously injured his father’s partner. He was tried for manslaughter and aggravated assault.

[2] In their different circumstances, both Mr. Sullivan and Mr. Chan argued at their respective trials that their state of intoxication was so extreme that their actions were involuntary and could not be the basis of a guilty verdict for the violent offences of general intent brought against them. Mr. Chan argued in particular that an underlying brain injury was the significant contributing cause of his psychosis, rather than his intoxication alone, such that he was not criminally responsible pursuant to s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] In the case of Mr. Sullivan, the trial judge accepted the accused was acting involuntarily but decided that the defence of extreme intoxication akin to automatism was not available by virtue of s. 33.1 of the *Criminal Code*. Mr. Sullivan was convicted of the two assault charges. In the case of Mr. Chan, the trial judge dismissed a constitutional challenge to s. 33.1. Mr. Chan’s brain trauma was held to be a mental disorder, but not the cause of the incapacity, which was the result of the voluntary ingestion of magic mushrooms. The trial judge in his case rejected

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

## I. Aperçu

[1] Après avoir volontairement consommé une surdose de médicaments sur ordonnance et avoir sombré dans un état de conscience diminuée, David Sullivan a attaqué sa mère avec un couteau et l’a gravement blessée. Il a été accusé de plusieurs infractions, notamment de voies de fait graves et d’agression armée. Dans des circonstances non liées, Thomas Chan a aussi sombré dans un état de conscience diminuée après avoir volontairement ingéré des « champignons magiques » contenant une drogue appelée psilocybine. Monsieur Chan a attaqué son père avec un couteau et l’a tué, et a gravement blessé la conjointe de son père. Il a subi un procès pour des accusations d’homicide involontaire coupable et de voies de fait graves.

[2] Dans des circonstances qui leur sont propres, M. Sullivan et M. Chan ont tous les deux soutenu lors de leur procès respectif que leur état d’intoxication était si extrême que leurs actions étaient involontaires et ne pouvaient justifier un verdict de culpabilité pour les accusations d’infractions violentes d’intention générale portées contre eux. Monsieur Chan a fait valoir plus précisément qu’une lésion cérébrale sous-jacente, plutôt que sa seule intoxication, était la cause ayant contribué de façon appréciable à sa psychose, de sorte qu’il n’était pas criminellement responsable au titre de l’art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[3] Dans le cas de M. Sullivan, le juge du procès a déterminé que l’accusé avait agi de façon involontaire, mais a décidé que celui-ci ne pouvait se prévaloir de la défense d’intoxication extrême s’apparentant à l’automatisme en raison de l’art. 33.1 du *Code criminel*. Monsieur Sullivan a été déclaré coupable des deux accusations de voies de fait. Dans le cas de M. Chan, le juge du procès a rejeté la contestation constitutionnelle de l’art. 33.1. Il a été conclu que la lésion cérébrale de M. Chan constituait un trouble mental, mais n’était pas la cause de l’incapacité, qui

his argument under s. 16. He was convicted of manslaughter and aggravated assault.

[4] Their appeals were heard together. The Court of Appeal for Ontario held that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not saved by s. 1. As a result, both Mr. Sullivan and Mr. Chan were entitled to raise the defence of automatism. Based on the findings at his trial, Mr. Sullivan's convictions were set aside and acquittals entered. The Court of Appeal ordered a new trial for Mr. Chan because no finding of fact had been made in respect of non-mental disorder automatism in his case. The Crown has appealed both the decisions for Mr. Sullivan and Mr. Chan to this Court.

[5] In *R. v. Brown*, 2022 SCC 18, [2022] 1 S.C.R. 374, released concurrently with the reasons for judgment in these appeals, I conclude that s. 33.1 violates the *Charter* and is of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. That conclusion is equally applicable to the Crown's appeals in the cases at bar.

[6] As respondent, Mr. Sullivan has raised an issue relating to the character and force of a s. 52(1) declaration of unconstitutionality issued by a superior court. He argued before us that the trial judge had been bound by a previous declaration by a superior court judge in the province that held s. 33.1 to be of no force and effect. The issue raised by Mr. Sullivan provides an opportunity to clarify whether a declaration made under s. 52(1) binds the courts of coordinate jurisdiction in future cases due to the principle of constitutional supremacy, or whether the ordinary rules of horizontal *stare decisis* apply. As I shall endeavour to explain, *stare decisis* does apply and the trial judge was only bound to that limited extent on the question of the constitutionality of s. 33.1. The right approach can be stated plainly. Superior courts at first instance may not be bound if the prior

était plutôt due à l'ingestion volontaire de champignons magiques. Le juge du procès a rejeté son argument fondé sur l'art. 16. Monsieur Chan a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et de voies de fait graves.

[4] Les pourvois ont été instruits ensemble. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 33.1 violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'était pas sauvegardé par l'article premier. Par conséquent, M. Sullivan et M. Chan pouvaient tous les deux invoquer la défense de l'automatisme. Compte tenu des conclusions tirées à son procès, les déclarations de culpabilité de M. Sullivan ont été annulées et des acquittements ont été prononcés. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès pour M. Chan parce qu'aucune conclusion de fait n'avait été tirée concernant l'automatisme sans troubles mentaux dans son cas. La Couronne a interjeté appel des décisions concernant M. Sullivan et M. Chan devant la Cour.

[5] Dans l'arrêt *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, [2022] 1 R.C.S. 374, rendu en même temps que les motifs dans les présents pourvois, je conclus que l'art. 33.1 viole la *Charte* et est inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette conclusion est également applicable aux pourvois interjetés par la Couronne dans les affaires en l'espèce.

[6] À titre d'intimé, M. Sullivan a soulevé une question concernant la nature et l'autorité d'une déclaration d'inconstitutionnalité, fondée sur le par. 52(1), prononcée par une cour supérieure. Il a soutenu devant nous que le juge du procès était lié par une déclaration antérieure d'un juge de cour supérieure de la province qui a statué que l'art. 33.1 était inopérant. La question soulevée par M. Sullivan nous donne l'occasion de clarifier si une déclaration faite en application du par. 52(1) lie les tribunaux de juridiction équivalente pour l'avenir en raison du principe de la suprématie de la Constitution, ou si les règles ordinaires du *stare decisis* horizontal s'appliquent. Comme je m'efforcerai d'expliquer, la règle du *stare decisis* s'applique et le juge du procès n'était lié que dans cette mesure en ce qui a trait à la constitutionnalité de l'art. 33.1. Le cadre d'analyse

decision is distinguishable on its facts or if the court had no practical way of knowing that the earlier decision existed. Otherwise, the decision is binding and the judge may only depart from it if one or more of the exceptions helpfully explained in *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.), apply.

[7] In the result, I would dismiss the Crown's appeal in the case of Mr. Sullivan and confirm the acquittals entered by the Court of Appeal.

[8] As respondent in his appeal before this Court, Mr. Chan seeks leave to cross-appeal and, if granted, he asks that we substitute an acquittal for the order of a new trial. I would reject Mr. Chan's arguments on this point. In my view, Mr. Chan's application for leave to cross-appeal must be quashed for want of jurisdiction. I would reject his alternative argument that this Court order a stay of proceedings in respect of the very serious violent charges brought against Mr. Chan because the requirements for a stay have not been made out. In the result, I would confirm the Court of Appeal's order of a new trial.

## II. Background

### A. *David Sullivan*

[9] All parties agree that Mr. Sullivan attacked his mother during an episode of drug-induced psychosis during which he had no voluntary control over his actions. Mr. Sullivan, then 43 years old, lived with his mother in a condominium unit. He has a history of mental illness and substance abuse. Evidence adduced at trial indicated that in the three months before the attack, he was convinced that the planet would be invaded by aliens that were already present in their condominium.

qu'il convient d'adopter peut être énoncé simplement. Les cours supérieures de première instance peuvent ne pas être liées par la décision antérieure si les faits dans cette affaire se distinguent de ceux de l'affaire en jeu ou si la cour n'avait aucun moyen pratique de savoir que la décision antérieure existait. Autrement, le juge est lié par la décision et ne peut s'en écarter que si au moins une des exceptions utilement expliquées dans la décision *Re Hansard Spruce Mills*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.), s'applique.

[7] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté par la Couronne dans le cas de M. Sullivan et de confirmer les acquittements prononcés par la Cour d'appel.

[8] À titre d'intimé dans son pourvoi devant la Cour, M. Chan cherche à obtenir l'autorisation de former un pourvoi incident et, s'il l'obtient, il nous demande de prononcer un acquittement au lieu de l'ordonnance en vue d'un nouveau procès. Je suis d'avis de rejeter les arguments de M. Chan à ce sujet. À mon avis, la demande d'autorisation d'appel incident de M. Chan doit être cassée pour absence de compétence. Je rejette son argument subsidiaire selon lequel la Cour doit ordonner un arrêt des procédures à l'égard des accusations de crimes violents très graves portées contre lui, parce que les exigences relatives à une telle ordonnance ne sont pas respectées. Par conséquent, je confirmerais la conclusion de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

## II. Contexte

### A. *David Sullivan*

[9] Les parties s'entendent pour dire que M. Sullivan a attaqué sa mère pendant un épisode psychotique provoqué par la drogue, au cours duquel il n'avait pas la maîtrise de ses actes. Monsieur Sullivan, alors âgé de 43 ans, vivait avec sa mère dans un condominium. Il avait des antécédents de troubles mentaux et de toxicomanie. Selon les éléments de preuve présentés au procès, au cours des trois mois précédant l'attaque, il était convaincu que la planète serait envahie par des extraterrestres qui étaient déjà présents dans son condominium.

[10] Mr. Sullivan had been prescribed bupropion (under the name Wellbutrin) to help him quit smoking. Psychosis is a side effect of the drug. He had experienced psychosis from Wellbutrin at least once before, shortly before the events in this case. The evening prior to the attack, he ingested 30 to 80 Wellbutrin tablets in a suicide attempt. The drugs prompted a psychotic episode during which time, in the early hours of the morning, he woke his mother and told her an alien was in the living room. She followed him into the area and, while she was there, Mr. Sullivan went into the kitchen, took two knives, and stabbed his mother six times. She suffered serious injuries, including residual nerve damage that was slow to heal. She died before trial of unrelated causes.

[11] Several neighbours saw Mr. Sullivan acting erratically outside of the building after the attack. Agitated when the police arrived, Mr. Sullivan was talking about Jesus, the devil, and aliens. He was taken to the hospital, where he had multiple seizures. The psychotic episode resolved itself within a few days. At trial, a forensic psychiatrist gave evidence that Mr. Sullivan was likely experiencing a bupropion-induced psychosis at the time of the attack on his mother.

#### B. *Thomas Chan*

[12] Thomas Chan violently attacked his father and his father's partner with a knife. Mr. Chan's father later died from his injuries. The father's partner was gravely and permanently injured.

[13] After returning home from a bar where they had consumed several alcoholic drinks earlier that evening, Mr. Chan and his friends decided to take magic mushrooms. Mr. Chan had consumed mushrooms before and enjoyed the experience. He ingested an initial dose and when he failed to feel the same effects as his friends, he took a second dose. Towards the end of the night, he began acting erratically. Frightened, he went upstairs where he woke up his mother, mother's

[10] Monsieur Sullivan s'était fait prescrire du bupropion (commercialisé sous le nom Wellbutrin) pour l'aider à arrêter de fumer. La psychose est un effet secondaire de ce médicament. Il avait vécu un épisode psychotique provoqué par le Wellbutrin au moins une fois auparavant, peu de temps avant les faits en cause. Le soir précédant l'attaque, il a ingéré de 30 à 80 comprimés de Wellbutrin pour tenter de se suicider. Les médicaments ont provoqué un épisode psychotique au cours duquel il a, au petit matin, réveillé sa mère pour lui dire qu'il y avait un extra-terrestre dans le salon. Elle l'a suivi dans le salon et, pendant qu'elle y était, M. Sullivan s'est rendu dans la cuisine, a pris deux couteaux et a poignardé sa mère à six reprises. Elle a subi de graves blessures, notamment des lésions résiduelles des nerfs, qui ont pris beaucoup de temps à guérir. Elle est décédée avant le procès, de causes non reliées.

[11] Plusieurs voisins ont vu M. Sullivan agir de façon étrange à l'extérieur de l'immeuble après l'attaque. Monsieur Sullivan était agité lorsque les policiers sont arrivés; il parlait de Jésus, du diable et des extraterrestres. Il a été transporté à l'hôpital, où il a eu de multiples crises. L'épisode psychotique s'est terminé de lui-même en l'espace de quelques jours. Au procès, une psychiatre légiste a affirmé que M. Sullivan vivait probablement une psychose provoquée par le bupropion au moment où il a attaqué sa mère.

#### B. *Thomas Chan*

[12] Thomas Chan a violemment attaqué son père et la conjointe de celui-ci avec un couteau. Le père de M. Chan a plus tard succombé à ses blessures. La conjointe du père a été blessée gravement et de façon permanente.

[13] De retour à la maison après une sortie dans un bar où ils avaient consommé plusieurs boissons alcoolisées plus tôt ce soir-là, M. Chan et ses amis ont décidé de prendre des champignons magiques. Monsieur Chan avait déjà consommé des champignons magiques par le passé et il avait aimé l'expérience. Il a ingéré une première dose et comme il ne ressentait pas les mêmes effets que ses amis, il a pris une seconde dose. Vers la fin de la soirée, il a commencé

boyfriend, and sister. Mr. Chan then left the home wearing only a pair of pants. His family and friends pursued him as he ran towards his father's home a short distance away. Mr. Chan broke into his father's house through a window even though he normally gained entry through finger-print recognition on a home security system.

[14] Once inside, he confronted his father in the kitchen and did not appear to recognize him. He shouted that he was God and that his father was Satan. He proceeded to stab his father repeatedly. He then stabbed his father's partner. When police arrived, he complied with their demands, although at one point he struggled with what a police officer described as "super-strength".

### III. Proceedings Below

#### A. *David Sullivan*

Ontario Superior Court of Justice, [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL) (Salmers J.)

[15] At trial, the parties agreed, and the trial judge accepted, that Mr. Sullivan was acting involuntarily when he stabbed his mother. The trial judge found that Mr. Sullivan experienced a state of non-mental disorder automatism, attributable to his ingestion of Wellbutrin. His state was caused by a drug for which psychosis is a known side-effect.

[16] The Crown said s. 33.1 applied because Mr. Sullivan's psychosis was self-induced and therefore could not be the basis for a defence that he lacked the general intent or voluntariness for the crimes of assault. There was disagreement about whether Mr. Sullivan's consumption of Wellbutrin was voluntary. Section 33.1 would only preclude the automatism defence if intoxication was "self-induced". The trial judge found that Mr. Sullivan's intoxication was voluntary and that he knew or ought

à agir de façon étrange. Effrayé, il est monté à l'étage et il a réveillé sa mère, le copain de sa mère et sa sœur. Monsieur Chan a ensuite quitté la maison, ne portant qu'une paire de pantalons. Sa famille et ses amis l'ont poursuivi alors qu'il courait vers la maison de son père, située à proximité. Monsieur Chan s'est introduit dans la maison de son père par une fenêtre, même s'il y avait normalement accès grâce à la reconnaissance d'empreintes digitales d'un système de sécurité résidentielle.

[14] Une fois à l'intérieur, M. Chan a eu un affrontement avec son père dans la cuisine et ne semblait pas le reconnaître. Il a crié qu'il était Dieu et que son père était Satan. Il a poignardé son père à répétition, et il a ensuite poignardé la conjointe de celui-ci. Lorsque les policiers sont arrivés, il s'est conformé à leurs ordres bien qu'à un certain moment, il se soit débattu avec une [TRADUCTION] « force extraordinaire », selon la description qu'un policier a faite.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *David Sullivan*

Cour supérieure de justice de l'Ontario, [2016] O.J. No. 6847 (QL), 2016 CarswellOnt 21197 (WL) (le juge Salmers)

[15] Au procès, les parties ont reconnu, et le juge du procès a accepté, que M. Sullivan agissait de façon involontaire lorsqu'il a poignardé sa mère. Le juge du procès a conclu que M. Sullivan s'était trouvé dans un état d'automatisme sans troubles mentaux, attribuable à son ingestion de Wellbutrin. Son état était causé par un médicament dont un des effets secondaires connus est la psychose.

[16] La Couronne a affirmé que l'art. 33.1 s'appliquait parce que la psychose de M. Sullivan était volontaire et ne pouvait donc pas servir de fondement à une défense selon laquelle il n'avait pas l'intention générale ou la volonté qui sous-tendent les crimes de voies de fait. Il y avait désaccord sur la question de savoir si M. Sullivan avait consommé le Wellbutrin de façon volontaire. L'article 33.1 empêcherait l'application de la défense d'automatisme que si l'intoxication était « volontaire ». Le juge du procès a conclu que

to have known that Wellbutrin would cause him to be impaired. Section 33.1 was applied. He was found guilty of aggravated assault, assault with a weapon, and four counts of breach of a non-communication order. It bears noting that Mr. Sullivan did not contest the constitutionality of s. 33.1 at trial. He received a global sentence of five years.

#### B. *Thomas Chan*

- (1) Constitutional Ruling, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376 (Boswell J.)

[17] Mr. Chan challenged the constitutionality of s. 33.1 in a pre-trial application, arguing in particular that the trial judge was bound by previous decisions of the same court, notably *R. v. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), and *R. v. Fleming*, 2010 ONSC 8022, which found s. 33.1 to be unconstitutional.

[18] Boswell J. considered whether, by reason of the doctrine of horizontal *stare decisis*, he was bound by a constitutional declaration by another judge of the superior court in the province that s. 33.1 was of no force or effect because it was inconsistent with the *Charter*. Relying on *R. v. Scarlett*, 2013 ONSC 562, the trial judge held that he was not so bound. Decisions from courts of coordinate jurisdiction should be followed in the absence of cogent reasons to depart therefrom. A court is bound unless the previous decision is “plainly wrong” (paras. 55-56). The trial judge reasoned that the case law on the constitutionality of s. 33.1 was “considerably unsettled” (para. 58). Although all courts had agreed that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, courts were divided on whether it could be saved under s. 1. As a result, Boswell J. did not “feel constrained to follow one school of thought more than the other” (*ibid.*). In addition, none of the earlier constitutional decisions had had the benefit of the judgment of the Court in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, on the relationship between

l’intoxication de M. Sullivan était volontaire et qu’il savait ou aurait dû savoir que le Wellbutrin lui causerait un état de conscience diminuée. L’article 33.1 a été appliqué. Monsieur Sullivan a été déclaré coupable de voies de fait graves, d’agression armée et de quatre chefs d’accusation de manquement à une ordonnance de non-communication. Il convient de signaler que M. Sullivan n’a pas contesté la constitutionnalité de l’art. 33.1 au procès. Il a été condamné à une peine globale de cinq ans.

#### B. *Thomas Chan*

- (1) Décision sur la constitutionnalité, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376 (le juge Boswell)

[17] Monsieur Chan a contesté la constitutionnalité de l’art. 33.1 dans le cadre d’une demande préalable au procès, soutenant en particulier que le juge du procès était lié par les décisions antérieures de la même cour, notamment *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295 (C.J. Ont. (Div. gén.)), et *R. c. Fleming*, 2010 ONSC 8022, où il a été conclu que l’art. 33.1 était inconstitutionnel.

[18] Le juge Boswell s’est demandé si, en raison du principe du *stare decisis* horizontal, il était lié par une déclaration en matière constitutionnelle d’un autre juge de cour supérieure dans la province selon laquelle l’art. 33.1 était inopérant parce qu’il était incompatible avec la *Charte*. Se fondant sur la décision *R. c. Scarlett*, 2013 ONSC 562, le juge du procès a conclu qu’il n’était pas lié par une telle déclaration. Les décisions des tribunaux de juridiction équivalente devraient être suivies si aucune raison convaincante ne justifie de s’en écarter. Un tribunal est lié par une décision antérieure à moins que celle-ci soit [TRADUCTION] « manifestement erronée » (par. 55-56). Le juge du procès a conclu que la jurisprudence sur la constitutionnalité de l’art. 33.1 était [TRADUCTION] « considérablement incertaine » (par. 58). Bien que tous les tribunaux aient reconnu que l’art. 33.1 viole l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, ils étaient divisés quant à la question de savoir s’il pouvait être sauvegardé par l’article premier. Par conséquent, le juge Boswell ne [TRADUCTION] « se sentait pas obligé de suivre un courant de pensée plutôt qu’un autre »

ss. 7 and 1 (para. 58). He concluded that he was free to reconsider the question afresh.

[19] The trial judge then went on to decide that s. 33.1 violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was saved under s. 1.

(2) Judgment on the Merits, 2018 ONSC 7158 (Boswell J.)

[20] With the defence of automatism precluded by operation of s. 33.1, Mr. Chan argued that he was not criminally responsible by reason of brain trauma which, alone or in connection with the effect of the intoxicant, amounted to mental disorder under s. 16. The parties disagreed about whether Mr. Chan was suffering from a brain injury and, if so, whether it played a part in his violent conduct. Mr. Chan argued that but for the brain injury, he would not have been psychotic from consuming the mushrooms. The Crown argued that the primary cause of Mr. Chan's psychosis was his voluntary consumption of the mushrooms. The trial judge was required to consider, first, whether Mr. Chan was suffering from a mental disorder at the time of the offence and, second, if that mental disorder rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his actions, or incapable of knowing they were wrong.

[21] Mr. Chan did not satisfy the applicable requirements under s. 16. The evidence disclosed a mild traumatic brain injury. The trial judge could not conclusively say that the brain injury rendered Mr. Chan incapable of appreciating the nature and quality of his actions or of knowing they were wrong. The progression of his psychosis suggested that the ingestion of psilocybin was the primary cause of Mr. Chan's impaired state. The judge found that "Mr. Chan experienced a sudden onset of psychosis that coincided directly with the ingestion and absorption of magic mushrooms" (para. 134 (CanLII)). While the trial

(*ibid.*). De plus, aucune des décisions antérieures en matière constitutionnelle n'avait pu bénéficier du jugement de la Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, sur la relation entre l'art. 7 et l'article premier (par. 58). Il a conclu qu'il était libre d'examiner la question de nouveau.

[19] Le juge du procès a ensuite décidé que l'art. 33.1 violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, mais qu'il était sauvegardé par l'article premier.

(2) Jugement sur le fond, 2018 ONSC 7158 (le juge Boswell)

[20] La défense d'automatisme étant exclue par l'application de l'art. 33.1, M. Chan a soutenu qu'il n'était pas criminellement responsable en raison d'une lésion cérébrale qui, à elle seule ou en lien avec l'effet d'une substance intoxicante, équivalait à un trouble mental au titre de l'art. 16. Les parties ne s'entendaient pas sur la question de savoir si M. Chan souffrait d'une lésion cérébrale et, le cas échéant, si cette lésion avait joué un rôle dans son comportement violent. Monsieur Chan a soutenu que s'il n'avait pas eu de lésion cérébrale, il n'aurait pas vécu de psychose à la suite de la consommation de champignons. La Couronne a fait valoir que la principale cause de la psychose de M. Chan était sa consommation volontaire de champignons. Le juge du procès était tenu de se demander, premièrement, si M. Chan était atteint de troubles mentaux au moment de l'infraction et, deuxièmement, si ces troubles mentaux le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actions, ou de savoir qu'elles étaient répréhensibles.

[21] Monsieur Chan ne satisfaisait pas aux exigences prescrites par l'art. 16. Les éléments de preuve indiquaient une lésion traumatique légère du cerveau. Le juge du procès ne pouvait affirmer de façon incontestable que la lésion cérébrale rendait M. Chan incapable de juger de la nature et de la qualité de ses actions, ou de savoir qu'elles étaient répréhensibles. La progression de sa psychose suggérait que l'ingestion de psilocybine était la principale cause de son état de conscience diminuée. Le juge a conclu que [TRA-DUCTION] « M. Chan a vécu un épisode soudain de psychose qui coïncidait directement avec l'ingestion

judge found that Mr. Chan “was incapacitated by the effects of the drugs he consumed” (par. 143), I note that he made no specific finding that Mr. Chan was in a state of self-induced intoxication akin to non-mental disorder automatism.

[22] Mr. Chan was convicted of manslaughter and aggravated assault. He was later sentenced to a global sentence of five years, reduced to three and a half years after credit reductions (2019 ONSC 1400).

- (3) Application to Re-open Constitutional Challenge, 2019 ONSC 783, 428 C.R.R. (2d) 81 (Boswell J.)

[23] After sentencing, Mr. Chan applied to re-open the case to re-argue the constitutional issue. He said that *R. v. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359, which had been rendered subsequently, declared s. 33.1 unconstitutional and therefore presented a renewed opportunity to consider the question. In *McCaw*, Spies J. said she was bound by *Dunn*. Spies J. held that once a provision is declared unconstitutional, it is invalid and “off the books” (para. 76) for all future cases by operation of s. 52(1) and as directed in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96. In other words, judges of concurrent jurisdiction are bound by a declaration of unconstitutionality. On that basis, argued Mr. Chan, the trial judge had been bound by the prior declaration of unconstitutionality in *Dunn* when he considered the application of s. 33.1 here.

[24] Boswell J. dismissed Mr. Chan’s application to re-open the case. *McCaw* was not an accurate statement of the law. Relying on *Spruce Mills*, a proper understanding of the rule of horizontal *stare decisis* is that relevant decisions of the same level of court should be followed as a matter of judicial comity, unless there are compelling reasons that justify

et l’absorption de champignons magiques » (par. 134 (CanLII)). Bien que le juge du procès ait conclu que M. Chan [TRADUCTION] « avait été privé de ses moyens par les effets des drogues consommées » (par. 143), je constate qu’il n’a tiré aucune conclusion précise selon laquelle M. Chan était dans un état d’intoxication volontaire s’apparentant à l’automatisme sans troubles mentaux.

[22] Monsieur Chan a été déclaré coupable d’homicide involontaire coupable et de voies de fait graves. Il a plus tard été condamné à une peine globale de cinq ans, réduite à trois ans et demi en raison du temps passé en détention présentencielle (2019 ONSC 1400).

- (3) Demande de réexamen de la contestation constitutionnelle, 2019 ONSC 783, 428 C.R.R. (2d) 81 (le juge Boswell)

[23] Après le prononcé de la peine, M. Chan a demandé la réouverture des débats afin de présenter de nouvelles observations sur la question constitutionnelle. Il a affirmé que dans la décision *R. c. McCaw*, 2018 ONSC 3464, 48 C.R. (7th) 359, qui avait été rendue ultérieurement, l’art. 33.1 avait été déclaré inconstitutionnel; la décision offrait donc une nouvelle occasion d’examiner la question. Dans l’affaire *McCaw*, la juge Spies y a affirmé qu’elle était liée par la décision *Dunn*. Elle a conclu qu’une fois qu’une disposition est déclarée inconstitutionnelle, elle est invalide et [TRADUCTION] « retirée du corpus législatif » (par. 76) pour l’avenir, par l’effet du par. 52(1) et comme il est prévu dans l’arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96. Autrement dit, une déclaration d’inconstitutionnalité lie les juges de juridiction concurrente. Sur ce fondement, M. Chan a soutenu que la déclaration antérieure d’inconstitutionnalité dans la décision *Dunn* liait le juge du procès lorsqu’il a envisagé l’application de l’art. 33.1 en l’espèce.

[24] Le juge Boswell a rejeté la demande de réouverture des débats présentée par M. Chan. La décision *McCaw* ne représentait pas un énoncé exact du droit. Sur le fondement du jugement *Spruce Mills*, une bonne compréhension du principe du *stare decisis* horizontal veut que les décisions pertinentes du même niveau de juridiction soient suivies en raison de la courtoisie

departing therefrom. *Spruce Mills* set out three criteria for departure, which were summarized correctly, in his view, by Strathy J. in *Scarlett* as “plainly wrong” (para. 41).

[25] For Boswell J., *McCaw* misinterpreted the statements by McLachlin C.J. in *Ferguson* that an unconstitutional law is “effectively removed from the statute books” (para. 65). McLachlin C.J. did not express the view that judges of coordinate jurisdiction could not review or reconsider an order striking down a provision under s. 52. *Ferguson* was not about horizontal *stare decisis*. Boswell J. preferred Strathy J.’s reading of *Ferguson*, which acknowledged the *erga omnes* (“against all” or, as is sometimes said, “against the world”) character of a declaration of unconstitutionality but did not extend that effect to courts of coordinate jurisdiction. The question remained as to whether the prior ruling is plainly wrong and there are salient reasons for correcting the error. With respect to *Dunn*, there were good reasons to depart from precedent. The s. 1 analysis was plainly wrong; *Bedford* had changed the relationship between ss. 7 and 1. Moreover there were inconsistent rulings on the matter of the constitutionality of s. 33.1 across the country.

C. *Court of Appeal for Ontario, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353 (Paciocco J.A., Watt J.A. concurring; Lauwers J.A. concurring in the result)*

[26] The Court of Appeal allowed the appeals and held that s. 33.1 is unconstitutional and of no force or effect. The Court of Appeal’s judgment on this point is reviewed in *Brown* and need not be recounted here in detail. For the purposes of this case, I need only note that Paciocco J.A.’s careful reasoning on ss. 7 and 11(d) has been affirmed in *Brown*. In addition, although my own justification analysis differs from that of Paciocco and Lauwers J.A., I agree with their

judiciaire, à moins que des raisons impérieuses justifient de ne pas le faire. Le jugement *Spruce Mills* énonçait trois critères qui justifient que l’on s’écarte de telles décisions, lesquels ont été bien résumés, de l’avis du juge Boswell, par le juge Strathy dans la décision *Scarlett* comme étant le critère de la décision [TRADUCTION] « manifestement erronée » (par. 41).

[25] Pour le juge Boswell, les énoncés de la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Ferguson* portant qu’une disposition inconstitutionnelle est « de fait, retirée du corpus législatif » (par. 65) sont mal interprétés dans la décision *McCaw*. La juge en chef McLachlin ne s’est pas dite d’avis que les juges de juridiction équivalente ne peuvent pas examiner ou réviser une ordonnance annulant une disposition en application de l’art. 52. L’arrêt *Ferguson* ne portait pas sur le principe du *stare decisis* horizontal. Le juge Boswell préférait l’interprétation que le juge Strathy a faite de l’arrêt *Ferguson*, qui reconnaissait le caractère *erga omnes* (« opposable à tous ») d’une déclaration d’inconstitutionnalité, mais qui n’étendait pas cet effet aux tribunaux de juridiction équivalente. Il restait à établir si la décision antérieure était manifestement erronée et s’il y avait des raisons pertinentes de corriger l’erreur. En ce qui concerne la décision *Dunn*, il y avait de bonnes raisons de s’écarter du précédent. L’analyse fondée sur l’article premier était manifestement erronée; l’arrêt *Bedford* avait changé la relation entre l’art. 7 et l’article premier. De plus, il y avait des décisions contradictoires quant à la constitutionnalité de l’art. 33.1 à l’échelle du pays.

C. *Cour d’appel de l’Ontario, 2020 ONCA 333, 151 O.R. (3d) 353 (le juge Paciocco, avec l’accord du juge Watt; le juge Lauwers, motifs concordants quant au résultat)*

[26] La Cour d’appel a accueilli les pourvois et conclu que l’art. 33.1 est inconstitutionnel et inopérant. L’arrêt de la Cour d’appel sur cette question est analysé dans l’arrêt *Brown*, et il n’est pas nécessaire de le reprendre ici en détail. Pour la présente affaire, je n’ai qu’à mentionner que le raisonnement soigné du juge Paciocco concernant l’art. 7 et l’al. 11d) a été confirmé dans l’arrêt *Brown*. De plus, bien que ma propre analyse de la justification diffère de celle des

ultimate conclusion: s. 33.1 cannot be saved by s. 1. Their conclusion that s. 33.1 is inconsistent with the *Charter* and of no force or effect is equally applicable in these two appeals.

[27] Speaking for the Court on this point, Paciocco J.A. addressed the issue of whether the trial judge in Mr. Chan's case was bound by precedent of a court of coordinate jurisdiction in the province to accept the unconstitutionality of s. 33.1.

[28] In his view, the ordinary rules of *stare decisis* apply when superior courts in first instance consider whether to follow previous declarations of unconstitutionality made by the same court. He distinguished several cases that purported to stand for the proposition that a declaration is binding on other superior court judges unless successfully appealed by the Crown (paras. 34-35, referring to *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; and *Ferguson*). These cases made statements to the effect that a provision inconsistent with the Constitution "is invalid from the moment it is enacted" in all future cases and is "effectively removed from the statute books" (*Martin*, at paras. 28 and 31; see *Ferguson*, at para. 65; *Hislop*, at para. 82). Paciocco J.A. read these cases as describing the effect of s. 52(1) declarations rendered by the Supreme Court because it is the apex court in Canada. They did not oust the principles of *stare decisis* generally nor did they pertain to declarations made by lower courts.

[29] If all s. 52(1) declarations were binding, wrote Paciocco J.A., accuracy would be compromised. For example, if three superior court judges in succession upheld a provision, but a fourth judge's ruling declared it to be of no force and effect, only the fourth judge's ruling would take hold within a province absent an appeal by the Crown. The development of the law

juges Paciocco et Lauwers, je souscris à leur ultime conclusion : l'art. 33.1 ne peut être sauvegardé par l'article premier. Leur conclusion que l'art. 33.1 est incompatible avec la *Charte* et inopérant est également applicable dans ces deux pourvois.

[27] S'exprimant au nom de la Cour d'appel sur ce point, le juge Paciocco a abordé la question de savoir si le juge du procès dans le cas de M. Chan était lié par un précédent d'un tribunal de juridiction équivalente dans la province et était tenu d'accepter l'inconstitutionnalité de l'art. 33.1.

[28] À son avis, les règles ordinaires du *stare decisis* s'appliquent lorsque les cours supérieures de première instance se demandent s'il y a lieu de suivre les déclarations antérieures d'inconstitutionnalité prononcées par la même cour. Il a soulevé l'inapplicabilité de plusieurs affaires qui appuyaient la proposition selon laquelle une déclaration d'inconstitutionnalité lie les autres juges d'une cour supérieure, à moins qu'un appel interjeté par la Couronne soit accueilli (par. 34-35, se référant à *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; et *Ferguson*). Ces arrêts comprenaient des énoncés selon lesquels une disposition incompatible avec la Constitution « est invalide dès son adoption » pour tous les cas futurs et est, « de fait, retirée du corpus législatif » (*Martin*, par. 28 et 31; voir *Ferguson*, par. 65; *Hislop*, par. 82). Le juge Paciocco a interprété ces décisions comme décrivant l'effet des déclarations fondées sur le par. 52(1) rendues par la Cour suprême à titre de cour de dernière instance au Canada. Elles n'écartaient pas les principes du *stare decisis* de façon générale et ne se rapportaient pas non plus aux déclarations faites par des tribunaux inférieurs.

[29] Si toutes les déclarations faites en application du par. 52(1) faisaient autorité, écrit le juge Paciocco, l'exactitude en serait compromise. Par exemple, si trois juges de cour supérieure confirment successivement une disposition, mais qu'un quatrième juge la déclare inopérante, seule la décision du quatrième juge serait retenue dans une province si la Couronne

would be “driven by coincidence” rather than by the “quality of the judicial ruling” (para. 37).

[30] The principles in *Spruce Mills* and *Scarlett* were affirmed. Applied to the context of s. 52(1) declarations of unconstitutionality, a superior court judge faced with a prior judgment of a court of coordinate jurisdiction should apply that precedent and treat the provision as having no force or effect unless, by exception to the principle of horizontal *stare decisis*, the earlier decision is plainly wrong. The trial judge was correct to decide that he was not bound by *Dunn* and entitled to consider the issue afresh.

[31] Having declared s. 33.1 unconstitutional and of no force or effect, Paciocco J.A. entered acquittals for Mr. Sullivan on his assault charges. Mr. Chan was entitled to a new trial, but not acquittals. The trial judge made no finding that Mr. Chan was acting involuntarily. Instead, the trial judge rejected Mr. Chan’s claim that he should be found not criminally responsible, a claim that does not require the establishment of automatism. Mr. Chan should have the opportunity to invoke the defence of non-mental automatism and lead evidence in that regard at a new trial.

#### IV. Issues

[32] As noted, the Crown appeals on the constitutionality of s. 33.1 cannot succeed for the reasons stated in *Brown*. The Court of Appeal correctly concluded that s. 33.1 infringes ss. 7 and 11(d) and cannot be saved under s. 1.

[33] There are two remaining issues in these appeals:

1. On what basis can a declaration issued by a superior court pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* be considered binding on courts of coordinate jurisdiction?

n’interjette pas appel. L’évolution du droit serait [TRADUCTION] « dictée par le hasard » plutôt que par la « qualité des décisions judiciaires » (par. 37).

[30] Les principes énoncés dans les décisions *Spruce Mills* et *Scarlett* ont été confirmés. Dans le contexte des déclarations d’inconstitutionnalité faites en application du par. 52(1), devant un jugement antérieur d’un tribunal de juridiction équivalente, un juge de cour supérieure devrait appliquer ce précédent et considérer la disposition comme étant inopérante à moins, par exception au principe du *stare decisis* horizontal, que la décision antérieure soit manifestement erronée. Le juge du procès a eu raison de décider qu’il n’était pas lié par la décision *Dunn* et qu’il pouvait examiner la question de nouveau.

[31] Puisqu’il a déclaré l’art. 33.1 inconstitutionnel et inopérant, le juge Paciocco a acquitté M. Sullivan quant aux accusations de voies de fait. Monsieur Chan a eu droit à un nouveau procès, mais pas à des acquittements. Le juge du procès n’a pas conclu que M. Chan avait agi de façon involontaire. Il a plutôt rejeté l’argument de M. Chan selon lequel il ne devrait pas être déclaré criminellement responsable, argument pour lequel il n’est pas nécessaire que l’automatisme soit établi. Monsieur Chan devrait avoir la possibilité d’invoquer la défense d’automatisme sans troubles mentaux et de présenter des éléments de preuve à cet égard lors du nouveau procès.

#### IV. Questions en litige

[32] Comme il a été souligné, les appels de la Couronne concernant la constitutionnalité de l’art. 33.1 ne peuvent être accueillis pour les motifs énoncés dans l’arrêt *Brown*. La Cour d’appel a conclu à juste titre que l’art. 33.1 contrevient à l’art. 7 et à l’al. 11d) et ne peut être sauvegardé par l’article premier.

[33] Il reste deux questions à trancher dans les présents pourvois :

1. Sur quel fondement peut-on considérer qu’une déclaration prononcée par une cour supérieure en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* lie les tribunaux de juridiction équivalente?

2. Does the Court have jurisdiction to hear Mr. Chan’s cross-appeal? If so, is he entitled to an acquittal? If not, is he nevertheless entitled to a stay of proceedings?

[34] For the reasons that follow, I conclude on the first issue that the ordinary rules of *stare decisis* and judicial comity apply to declarations of unconstitutionality issued by superior courts within the same province. On the second issue, I conclude the Court lacks jurisdiction to hear the cross-appeal. I would not order a stay. The Court of Appeal’s order for a new trial for Mr. Chan should be upheld, as should the acquittals it entered for Mr. Sullivan.

## V. Analysis

### A. *Section 52(1) Declarations of Unconstitutionality and Horizontal Stare Decisis*

[35] Presented in the General Part of the *Constitution Act, 1982* under the heading “Primacy of Constitution of Canada”, s. 52(1) provides:

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

[36] The parties disagree on the rules that apply after a superior court declares a law inconsistent with the *Charter* and thus of no force or effect pursuant to s. 52(1).

[37] Mr. Sullivan observes that at the time he was convicted at trial, s. 33.1 had already been declared of no force and effect by other judges of the superior court in the province of Ontario. He recalls that starting in *Dunn*, in 1999, four separate superior court judgments were rendered “striking [s. 33.1] down” (R.F., at para. 85). Mr. Sullivan says that a declaration issued by a court of coordinate jurisdiction under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* invalidates the law for all future cases. In deciding the contrary,

2. La Cour a-t-elle compétence pour instruire le pourvoi incident de M. Chan? Dans l’affirmative, a-t-il droit à un acquittement? Sinon, a-t-il néanmoins droit à un arrêt des procédures?

[34] Pour les motifs qui suivent, je conclus quant à la première question que les règles ordinaires du *stare decisis* et de la courtoisie judiciaire s’appliquent aux déclarations d’inconstitutionnalité prononcées par les cours supérieures dans une même province. Quant à la deuxième question, je conclus que la Cour n’a pas compétence pour instruire le pourvoi incident. Je n’ordonnerais pas un arrêt des procédures. L’ordonnance de la Cour d’appel visant la tenue d’un nouveau procès pour M. Chan devrait être confirmée, tout comme les acquittements qu’elle a inscrits pour M. Sullivan.

## V. Analyse

### A. *Déclarations d’inconstitutionnalité fondées sur le par. 52(1) et stare decisis horizontal*

[35] Énoncé parmi les dispositions générales de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sous l’intertitre « Primauté de la Constitution du Canada », le par. 52(1) prévoit ce qui suit :

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

[36] Les parties ne s’entendent pas sur les règles qui s’appliquent lorsqu’une cour supérieure déclare qu’une disposition législative est incompatible avec la *Charte* et donc inopérante en application du par. 52(1).

[37] Monsieur Sullivan fait remarquer qu’au moment où il a été déclaré coupable au procès, l’art. 33.1 avait déjà été déclaré inopérant par d’autres juges de cour supérieure dans la province d’Ontario. Il rappelle qu’à la suite de la décision *Dunn*, en 1999, quatre jugements distincts de cours supérieures [TRADUCTION] « invalidant [l’art. 33.1] » ont été rendus (m.i., par. 85). Monsieur Sullivan affirme qu’une déclaration prononcée par un tribunal de juridiction équivalente en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle*

the trial judge in Mr. Chan’s case and the Court of Appeal failed to recognize the effect on the law of the declaration issued under s. 52(1). Paciocco J.A., writing for a unanimous court on this point in appeal, erred in deciding that the matter is governed by the ordinary principles of *stare decisis* and by adopting the test of judicial comity explained in *Scarlett and Spruce Mills*.

[38] Mr. Sullivan, along with a number of interveners, submit that a superior court only “discovers” that a law is unconstitutional when it issues a declaration pursuant to s. 52(1) — the law becomes of no force or effect through the operation of s. 52(1). He relies on statements from this Court which characterize a s. 52(1) declaration as rendering the law “null and void”, a finding which applies “for all future cases” and that the law is unenforceable because it is “effectively removed from the statute books” (*Martin*, at para. 31; *Ferguson*, at para. 65, *Hislop*, at para. 82). Consistent with those statements, says Mr. Sullivan, when a superior court issues a s. 52(1) declaration of unconstitutionality, the impugned provision is nullified both prospectively and retrospectively. The intervener British Columbia Civil Liberties Association argues further that, by its nature, a s. 52(1) declaration by a superior court has universal effect beyond the parties “for all Canadians” and thus must bind courts across the country. The intervener Advocates for the Rule of Law adds that a s. 52(1) declaration derives its force from the Constitution and that permitting the government to relitigate a law’s constitutionality after it has been declared of no force or effect would be inconsistent with the Constitution’s remedial scheme. Finally, the Canadian Civil Liberties Association intervenes to warn of the potential undermining of the rule of law and consequential unpredictability if the ordinary rules of *stare decisis* apply.

*de 1982* invalide la disposition contestée pour l’avenir. En décidant le contraire, le juge du procès dans le cas de M. Chan et la Cour d’appel n’ont pas reconnu l’effet sur la disposition contestée de la déclaration faite en application du par. 52(1). Le juge Paciocco, s’exprimant au nom de la Cour d’appel dans des motifs unanimes sur ce point, aurait commis une erreur en décidant que la question était régie par les règles ordinaires du *stare decisis* et en adoptant le critère de la courtoisie judiciaire expliqué dans les décisions *Scarlett* et *Spruce Mills*.

[38] Monsieur Sullivan, de même que plusieurs intervenants, soutiennent qu’une cour supérieure ne fait que [TRADUCTION] « constater » qu’une disposition législative est inconstitutionnelle lorsqu’elle prononce une déclaration fondée sur le par. 52(1) — la disposition contestée devient inopérante par l’application du par. 52(1). Il se fonde sur les énoncés de la Cour selon lesquels une déclaration prononcée en application du par. 52(1) rend la disposition « inopérante », conclusion qui s’applique « pour l’avenir » et selon laquelle la disposition est inexécutoire parce qu’elle est, « de fait, retirée du corpus législatif » (*Martin*, par. 31; *Ferguson*, par. 65; *Hislop*, par. 82). Conformément à ces énoncés, M. Sullivan affirme que lorsqu’une cour supérieure prononce une déclaration d’inconstitutionnalité en application du par. 52(1), la disposition contestée est annulée autant pour l’avenir que rétroactivement. L’intervenante la British Columbia Civil Liberties Association soutient en outre que par sa nature, une déclaration d’une cour supérieure fondée sur le par. 52(1) a un effet universel allant au-delà des parties et touchant [TRADUCTION] « tous les Canadiens », et doit donc lier les tribunaux à l’échelle du pays. L’intervenant Advocates for the Rule of Law ajoute qu’une déclaration fondée sur le par. 52(1) tire son autorité de la Constitution, et que permettre au gouvernement de remettre en cause la constitutionnalité d’une disposition législative après qu’elle a été déclarée inopérante serait incompatible avec le régime de réparation prévu par la Constitution. Enfin, l’Association canadienne des libertés civiles intervient pour nous mettre en garde contre le risque potentiel que la primauté du droit soit minée et l’imprévisibilité qui en découlerait si les règles ordinaires du *stare decisis* s’appliquaient.

[39] Although it argues that the Court of Appeal made no mistake in holding that the ordinary rules of *stare decisis* apply here, the Crown recalls that the matter is technically moot. Even if the trial judges were obliged to follow *Dunn*, this Court is not so bound and the lower courts' failure to do so has no practical impact on the outcome of these appeals. But, says the Crown, the question raised by Mr. Sullivan should still be decided.

[40] I agree that the matter can and should be decided here (*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, r. 29(3); *R. v. Poulin*, 2019 SCC 47, [2019] 3 S.C.R. 566, at paras. 18-26). The question is one of public importance to the conduct of constitutional litigation in courts of first instance in Canada. Moreover the question was carefully considered by the courts below and, in this Court, has been addressed by the parties with additional submissions on either side of the question by interveners.

[41] On the substance of the matter, the Crown argues that while s. 52(1) declarations are *erga omnes* in nature, they do not necessarily stand as authority for all future cases to be decided of coordinate jurisdiction or bind across the country. Mr. Sullivan's approach compromises the rule of law by allowing for erroneous findings of unconstitutionality to stand. The rules of *stare decisis* provide the flexibility needed to balance finality with correctness.

[42] The Attorneys General of British Columbia, Quebec and Canada intervene in support of the Crown's position. British Columbia submits that a s. 52(1) declaration should be reconsidered only where there is palpable and overriding error or where the threshold in *Bedford* is met. Quebec argues the "plainly wrong" standard should be qualified; a previous decision should only be set aside where there

[39] Bien qu'elle fasse valoir que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en concluant que les règles ordinaires du *stare decisis* s'appliquent en l'espèce, la Couronne rappelle que l'affaire est en principe théorique. Même si les juges du procès étaient tenus de suivre la décision *Dunn*, la Cour n'est pas liée par celle-ci et le défaut des tribunaux inférieurs de le faire n'a aucun effet concret sur l'issue des présents pourvois. La Couronne soutient toutefois que la question soulevée par M. Sullivan devrait tout de même être tranchée.

[40] Je suis d'accord pour dire que la question peut et devrait être tranchée par la Cour (*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, par. 29(3); *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 18-26). Elle revêt une importance pour le public quant au déroulement d'un litige constitutionnel devant les tribunaux de première instance au Canada. De plus, la question a été soigneusement examinée par les tribunaux de juridiction inférieure et, devant la Cour, elle a été soulevée par les parties et les intervenants ont présenté des points de vue opposés sur la question.

[41] Sur le fond de la question, la Couronne soutient que même si les déclarations fondées sur le par. 52(1) ont un caractère *erga omnes* de par leur nature, elles ne feront pas nécessairement autorité pour toutes les affaires futures qui seront tranchées par des tribunaux de juridiction équivalente ou ne lieront pas nécessairement tous les tribunaux à l'échelle du pays. L'approche de M. Sullivan compromet la primauté du droit en permettant que des conclusions erronées d'inconstitutionnalité soient maintenues. Les règles du *stare decisis* offrent la souplesse nécessaire pour mettre en balance le caractère définitif d'une décision et sa justesse.

[42] Les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, du Québec et du Canada interviennent à l'appui de la position de la Couronne. Le procureur général de la Colombie-Britannique fait valoir qu'une déclaration fondée sur le par. 52(1) devrait être réexaminée seulement lorsqu'il y a une erreur manifeste et déterminante ou lorsque le critère établi dans l'arrêt *Bedford* est satisfait. Selon le procureur général du

is a new question of law or a change in the situation or evidence that leads to materially different circumstances. Canada observes that disagreement between lower courts helpfully generates considered opinions upon which appellate courts can rely for their own reasoning.

[43] For the reasons that follow, I agree with the Crown that the trial judge was not strictly bound by the prior declaration by a court of coordinate jurisdiction by virtue of s. 52(1). In my respectful view, Mr. Sullivan’s understanding of the effect of a declaration under s. 52(1) is mistaken. A s. 52(1) declaration of unconstitutionality reflects an ordinary judicial task of determining a question of law, in this case with respect to the consistency of a law with the requirements of the *Charter*. Questions of law are governed by the normal rules and conventions that constrain courts in the performance of their judicial tasks.

[44] In the result, I agree with the conclusion reached by Paciocco J.A. that the ordinary principles of *stare decisis* govern the manner in which a declaration issued by a court under s. 52(1) affects how courts of coordinate jurisdiction in the province should decide future cases raising the same issue. I would however clarify the situations when a superior court may depart from a prior judgment of a court of coordinate jurisdiction. The standard is not that the prior decision was “plainly wrong”. A superior court judge in first instance should follow prior decisions made by their own court on all questions of law, including questions of constitutional law, unless one or more of the exceptions in *Spruce Mills* are met.

Québec, la norme de la décision « manifestement erronée » devrait être nuancée; une décision antérieure ne devrait être écartée que lorsqu’il y a une nouvelle question de droit ou une modification de la situation ou de la preuve qui change radicalement la donne. Le procureur général du Canada observe qu’un désaccord entre les tribunaux d’instances inférieures peut permettre de générer des opinions éclairées qui sont utiles pour les cours d’appel, qui pourront s’en servir pour élaborer leur propre raisonnement.

[43] Pour les motifs qui suivent, je suis d’accord avec la Couronne pour dire que le juge du procès n’était pas strictement lié par la déclaration antérieure d’un tribunal de juridiction équivalente en raison du par. 52(1). À mon avis, la compréhension qu’a M. Sullivan de l’effet d’une déclaration au titre du par. 52(1) est erronée. Une déclaration d’inconstitutionnalité fondée sur le par. 52(1) est le résultat d’une tâche judiciaire ordinaire consistant à trancher une question de droit, en l’espèce concernant la conformité d’une disposition législative aux exigences de la *Charte*. Les questions de droit sont régies par les règles et conventions ordinaires qui limitent les tribunaux dans l’exécution de leurs tâches judiciaires.

[44] Ainsi, je souscris à la conclusion du juge Paciocco selon laquelle les règles ordinaires du *stare decisis* régissent l’impact d’une déclaration prononcée par un tribunal en application du par. 52(1) sur les décisions que devraient prendre les tribunaux de juridiction équivalente dans les affaires futures soulevant la même question. Je préciserais toutefois les situations où une cour supérieure peut s’écarter d’un jugement antérieur d’un tribunal de juridiction équivalente. La norme n’est pas celle de la décision antérieure « manifestement erronée ». Un juge de cour supérieure de première instance devrait suivre les décisions antérieures rendues par la cour dont il est membre sur toutes les questions de droit, notamment les questions de droit constitutionnel, à moins que l’une ou plusieurs des exceptions établies dans la décision *Spruce Mills* s’applique.

(1) Section 52(1) Declarations of Unconstitutionality Reflect the Exercise of Judicial Power to Decide Questions of Law

[45] I start with a simple point: in issuing a declaration that a law is inconsistent with the Constitution and thus of no force or effect, a judge is exercising an ordinary judicial power to determine a question of law. Given the nature of the power they exercise, judges cannot in a literal sense “strike down legislation” when they review the consistency of the law with the Constitution under s. 52(1). Mr. Sullivan misconstrues the power of judges when he says that the effect of a declaration of unconstitutionality is that the impugned law is removed from the statute books going forward. In our law, legislatures have the power to remove laws from the statute books, or to modify those statutes, not judges (see D. Pinard, “De l’incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles”, in P. Taillon, E. Brouillet and A. Binette, eds., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel: Mélanges en l’honneur d’Henri Brun et de Guy Tremblay* (2016), 329, at p. 342). Professor Pinard convincingly frames this judicial power as one grounded in legal interpretation and recalls the distinction, that she rightly says is sometimes neglected, between legal rules and the textual expression of those rules. Judges, in their interpretative task as it bears on statutory law under s. 52(1), have no power to [TRANSLATION] “alter the text of rules of written law” (p. 329, fn. 2 (emphasis deleted)). She writes:

[TRANSLATION] Judicial review for constitutionality concerns the impugned rule, not the text of written law that expresses the rule. The necessary legislative reworking, if any, will only be done after the judgment of unconstitutionality, by the relevant legislature. [p. 347]

[46] Contrary to what Mr. Sullivan suggests, while s. 33.1 was declared to be inconsistent with the Constitution and of no force or effect in *Dunn*, it was not, by the effect of that judgment, “struck from the books”. As I seek to explain below, when this Court in *Ferguson* stated that a law is effectively removed from the statute books, it was not speaking in literal

(1) Les déclarations d’inconstitutionnalité fondées sur le par. 52(1) sont le résultat de l’exercice du pouvoir judiciaire de trancher des questions de droit

[45] Je commence par une observation simple : lorsqu’il déclare qu’une disposition législative est incompatible avec la Constitution et donc inopérante, le juge exerce un pouvoir judiciaire ordinaire de trancher une question de droit. En raison de la nature du pouvoir qu’ils exercent, les juges ne peuvent pas, au sens littéral, « invalider une loi » lorsqu’ils se penchent sur la conformité de la disposition contestée avec la Constitution au titre du par. 52(1). Monsieur Sullivan interprète mal le pouvoir des juges lorsqu’il affirme que l’effet d’une déclaration d’inconstitutionnalité est que la disposition contestée est retirée du corpus législatif pour l’avenir. Dans notre droit, les législatures ont le pouvoir de retirer des lois du corpus législatif, ou encore de les modifier, pas les juges (voir D. Pinard, « De l’incapacité des juges à modifier le texte des lois déclarées inconstitutionnelles », dans P. Taillon, E. Brouillet et A. Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel : Mélanges en l’honneur d’Henri Brun et de Guy Tremblay* (2016), 329, p. 342). La professeure Pinard expose, de façon convaincante, que ce pouvoir judiciaire est ancré dans l’interprétation juridique et rappelle la distinction qui, souligne-t-elle à juste titre, est parfois négligée entre les règles de droit et leur expression textuelle. Les juges, dans leur tâche d’interprétation des lois au titre du par. 52(1), n’ont aucun pouvoir de « modifier le texte des règles de droit écrit » (p. 329, note 2 (italique omis)). Elle écrit :

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité porte sur la règle contestée, et non pas sur le texte de droit écrit qui l’exprime. Le nécessaire réaménagement législatif, le cas échéant, ne se fera qu’à la suite du jugement d’inconstitutionnalité, par le parlement compétent. [p. 347]

[46] Contrairement à ce que M. Sullivan laisse entendre, lorsque l’art. 33.1 a été déclaré incompatible avec la Constitution et inopérant dans la décision *Dunn*, il n’a pas été, par l’effet de ce jugement, « radié du corpus législatif ». Comme je tâcherai de l’expliquer plus loin, l’énoncé de la Cour dans l’arrêt *Ferguson* selon lequel une disposition législative est de

terms. The effect of the judicial declaration in this case, where s. 33.1 is considered to be inconsistent with the Constitution, is not to annul the law but, as the French text of s. 52(1) makes especially plain, to declare that it is “*inopérante*” (see M.-A. Gervais, “Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien” (2021), 66 *McGill L.J.* 509, at p. 521, at fn. 45, citing P.-A. Côté, “La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés” (1984), 18 *R.J.T.* 105, at pp. 108-10; see also F. Gélinas, “La primauté du droit et les effets d’une loi inconstitutionnelle” (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 455, at pp. 463-64).

[47] A second equally simple point flows from the first and also appears to have been neglected by Mr. Sullivan. In authorizing a competent judge to issue a declaration under s. 52(1), the *Constitution Act, 1982* also invites the court to decide an ordinary question of law, albeit one with constitutional implications. Specifically, s. 52(1) asks the court to determine whether the impugned law is “inconsistent with the provisions of the Constitution” and, if so, to measure “the extent of this inconsistency” to decide whether and to what extent the law is of no force or effect. To do so, the court interprets the impugned law and interprets the Constitution. In Mr. Chan’s case, the trial judge was called upon to determine whether there was an inconsistency between the *Charter* and s. 33.1. To decide that, he had to resolve the legal question relating to the meaning of ss. 7, 11(d) and 1 of the *Charter* and the meaning of s. 33.1.

[48] Notwithstanding the heady constitutional context, these are ordinary judicial tasks raising questions of law. Under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, courts are called upon to resolve conflicts between the Constitution and ordinary statutes (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 746). Properly understood, the supremacy clause refers to the hierarchy of laws in the constitutional order. Superior courts are empowered to determine whether a provision is inconsistent with the Constitution in accordance with this hierarchy. These questions of law are no different than other

fait retirée du corpus législatif ne doit pas être interprété au sens littéral. L’effet de la déclaration judiciaire dans la présente affaire, où l’art. 33.1 est considéré comme étant incompatible avec la Constitution, n’est pas d’annuler la disposition contestée mais, comme l’indique clairement la version française du par. 52(1), de la déclarer « inopérante » (voir M.-A. Gervais, « Les impasses théoriques et pratiques du contrôle de constitutionnalité canadien » (2021), 66 *R.D. McGill* 509, p. 521, note 45, citant P.-A. Côté, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984), 18 *R.J.T.* 105, p. 108-110; voir aussi F. Gélinas, « La primauté du droit et les effets d’une loi inconstitutionnelle » (1988), 67 *R. du B. can.* 455, p. 463-464).

[47] Un deuxième point tout aussi simple découle du premier et semble aussi avoir été négligé par M. Sullivan. En autorisant un juge compétent à prononcer une déclaration au titre du par. 52(1), la *Loi constitutionnelle de 1982* invite aussi le tribunal à trancher une question de droit ordinaire, mais ayant des répercussions sur le plan constitutionnel. Plus particulièrement, le par. 52(1) exige que le tribunal détermine si la disposition contestée est « incompatible[e] » avec la Constitution et, dans l’affirmative, qu’il identifie la portée de cette incompatibilité afin de décider si la disposition législative est inopérante et dans quelle mesure est l’est. Pour ce faire, la cour interprète la disposition contestée et la Constitution. Dans le cas de M. Chan, le juge du procès a été appelé à établir s’il y avait une incompatibilité entre la *Charte* et l’art. 33.1. Pour prendre cette décision, il devait trancher la question juridique relative au sens de l’art. 7, de l’al. 11d) et de l’article premier de la *Charte* et au sens de l’art. 33.1.

[48] Malgré le caractère sérieux du contexte constitutionnel, il s’agit de tâches judiciaires ordinaires soulevant des questions de droit. Au titre du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux sont appelés à résoudre des conflits entre la Constitution et des lois ordinaires (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 746). Dûment interprétée, la clause relative à la suprématie de la Constitution se rapporte à la hiérarchie des lois dans l’ordre constitutionnel. Les cours supérieures sont habilitées à déterminer si une disposition est incompatible avec la Constitution selon cette

questions of law decided outside the constitutional context (A. Marcotte, “A Question of Law: (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of Stare Decisis” (2021), 42 *N.J.C.L.* 1, at p. 9). Judicial review of legislation on federalism or *Charter* grounds has been described as a “normal judicial task” similar to the “interpretation of a statute” (P. W. Hogg and W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at § 5-21; R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015), at p. 55). As judicial review of legislation is an ordinary judicial task consisting of the determination of a question of law, the legal effects of the declaration of unconstitutionality that results should be governed by the ordinary rules of *stare decisis* (Marcotte, at p. 21). In its effect, a declaration of unconstitutionality simply refutes the presumption of constitutionality by deciding that the impugned provisions are inconsistent with the Constitution and therefore of no force or effect. It does not alter the terms of the statute (see, e.g., *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321 (C.A.), at para. 31; Gervais, at pp. 535-38).

[49] Having indicated my view that a s. 52(1) declaration of unconstitutionality is an ordinary judicial task that involves resolving a question of law rather than an expression of the authority of a superior court to alter the statute book, I now turn to the legal nature and effect of a s. 52(1) declaration beyond the parties to litigation.

(2) Stare Decisis Governs Declarations of Unconstitutionality

[50] Mr. Sullivan argues that an unconstitutional law is invalid from the moment it was first enacted, due to the operation of s. 52(1) and the principle of constitutional supremacy. In effect, s. 52(1) renders a law invalid or “null and void” retrospectively and prospectively. As a result, when a superior court “discovers” that legislation is unconstitutional, absent an appeal, the legislation is null and void for all future cases. In support of this argument, he points specifically to the judgment of Spies J. in *McCaw* who decided she was bound by a previous judgment of her court

hiérarchie. Ces questions de droit ne sont pas différentes des autres questions de droit tranchées en dehors du contexte constitutionnel (A. Marcotte, « A Question of Law : (Formal) Declarations of Invalidity and the Doctrine of Stare Decisis » (2021), 42 *N.J.C.L.* 1, p. 9). Le contrôle judiciaire des lois fondé sur le fédéralisme ou sur la *Charte* a été décrit comme une [TRADUCTION] « tâche judiciaire normale » semblable à « l’interprétation d’une loi » (P. W. Hogg et W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), § 5-21; R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law* (2015), p. 55). Puisque le contrôle judiciaire des lois est une tâche judiciaire ordinaire consistant à trancher une question de droit, les effets juridiques de la déclaration d’inconstitutionnalité qui en découle devraient être régis par les règles ordinaires du *stare decisis* (Marcotte, p. 21). Par son effet, une déclaration d’inconstitutionnalité réfute simplement la présomption de constitutionnalité en indiquant que les dispositions contestées sont incompatibles avec la Constitution et donc inopérantes. Elle ne modifie pas le libellé de la loi (voir, p. ex., *R. c. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321 (C.A.), par. 31; Gervais, p. 535-538).

[49] Maintenant que j’ai indiqué que selon moi, une déclaration d’inconstitutionnalité fondée sur le par. 52(1) est une tâche judiciaire ordinaire qui comporte la résolution d’une question de droit plutôt que l’expression du pouvoir d’une cour supérieure de modifier le corpus législatif, j’aborde maintenant la nature juridique d’une déclaration fondée sur le par. 52(1) et son effet juridique au-delà des parties au litige.

(2) La règle du stare decisis régit les déclarations d’inconstitutionnalité

[50] Monsieur Sullivan soutient qu’une disposition législative inconstitutionnelle est invalide dès son adoption, en raison de l’application du par. 52(1) et du principe de la suprématie de la Constitution. De fait, le par. 52(1) invalide ou frappe de nullité une disposition législative rétroactivement et pour l’avenir. Par conséquent, quand une cour supérieure « constate » qu’un texte législatif est inconstitutionnel, à défaut d’un appel, la disposition contestée est nulle et non avenue pour l’avenir. À l’appui de cet argument, il signale en particulier le jugement de

in *Dunn* declaring that s. 33.1 was unconstitutional where the Crown had chosen not to appeal. Spies J. relied specifically on *Ferguson* for this conclusion: “To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books” (*Ferguson*, at para. 65, cited by Spies J. in *McCaw*, at para. 60).

[51] I respectfully disagree.

[52] Understanding the comments of this Court in *Ferguson* requires the reader to recall the context in which that case was rendered. The Court rejected the argument, in connection with the application of mandatory minimum sentences, that individual exemptions be granted by judges from otherwise unconstitutional laws. McLachlin C.J. sought to underscore, in understandably strong language, that a s. 52(1) declaration did not operate on a case-by-case remedial basis as would a constitutional remedy available under s. 24(1) of the *Charter*, but instead that the issuing court’s declaration that the law was of no force or effect was applicable *erga omnes*. The impugned legislation was not to be applied, as a matter of course, to some litigants and not others according to judicial discretion (see *Ferguson*, at para. 35).

[53] That said, *Ferguson* does not change the fact that the declaration remains an exercise of judicial power by which a judge determines a question of law. As such, the determination of that question of law is binding *erga omnes* as a matter precedent, according to the ordinary rules of *stare decisis*, and not because that law has been truly removed from the statute books (see H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at para. I.54). Judges, of course, do not have that latter power. To suggest that, by its use of a figure of speech, this Court lost sight of this is, in my view, a mistaken reading of the case. I note that some scholars have similarly commented upon the formulation of the

la juge Spies dans la décision *McCaw*, qui a décidé qu’elle était liée par la décision *Dunn*, un jugement antérieur de la cour dont elle est membre, où il avait été déclaré que l’art. 33.1 était inconstitutionnel alors que la Couronne avait choisi de ne pas se pourvoir en appel. La juge Spies s’est fondée expressément sur l’arrêt *Ferguson* pour tirer cette conclusion : « Dans la mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n’est pas simplement inapplicable dans l’affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif » (*Ferguson*, par. 65, cité par la juge Spies dans *McCaw*, par. 60).

[51] Je ne suis pas de cet avis.

[52] Pour comprendre les commentaires formulés par la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, le lecteur doit se rappeler le contexte dans lequel cet arrêt a été rendu. Alors qu’elle se penchait sur l’application des peines minimales obligatoires, la Cour a rejeté l’argument selon lequel les juges devraient accorder des exemptions individuelles à l’égard de dispositions législatives par ailleurs inconstitutionnelles. La juge en chef McLachlin a voulu souligner, en des termes à juste titre catégoriques, qu’une déclaration faite en application du par. 52(1) n’avait pas un effet réparateur au cas par cas comme une réparation constitutionnelle pouvant être accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, mais plutôt que la déclaration d’inopérabilité s’appliquait *erga omnes*. La disposition contestée ne pouvait pas s’appliquer, bien entendu, à certains plaideurs et non à d’autres à la discrétion du tribunal (voir *Ferguson*, par. 35).

[53] Cela dit, l’arrêt *Ferguson* ne change rien au fait que la déclaration demeure un exercice du pouvoir judiciaire par lequel un juge tranche une question de droit. Ainsi, la décision sur cette question de droit fait autorité *erga omnes* en tant que précédent, selon les règles ordinaires du *stare decisis* et non parce que la disposition a vraiment été retirée du corpus législatif (voir H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), par. I.54). Évidemment, les juges n’ont pas ce dernier pouvoir. Laisser entendre que, par son emploi d’une figure de style, la Cour a perdu cela de vue me semble une interprétation erronée de l’arrêt. Je note que certains auteurs ont commenté de façon semblable la formulation des remarques dans

observations in *Ferguson* and like observations made by this Court as to the effect of a s. 52(1) declaration (see, e.g., Marcotte, at pp. 13-14 and 16-17; Pinard, at p. 349). Indeed *Ferguson* points to a plain understanding that the declaration issued under s. 52(1) is the exercise of judicial power that has an *erga omnes* vocation. I read the occasional references to s. 52(1) as judgments *in rem* in the cases (see, e.g., *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181, at para. 27), in the same way. A judgment *in rem* applies beyond the immediate parties but, ultimately, even in the context of a s. 52(1) declaration, it remains a judgment: an exercise of judicial power that determines a question of law (*Coquitlam (City) v. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275 (S.C.), at paras. 11-17, aff'd 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix, cited in Marcotte, at p. 14, fn. 64; see also L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 158). It is binding precedent, to be sure, but within the proper limits of the doctrine of *stare decisis*.

[54] I am thus content to read *Ferguson* as a useful figure of speech rather than take what the Court said in literal terms. McLachlin C.J. sought to show, in connection with the dispute as to remedy before the Court in that case, that under s. 52(1), as opposed to s. 24(1) of the *Charter*, the law was unconstitutional *erga omnes* and not on a case-by-case basis. At a technical level, it is true that the explanation for that is rooted in s. 52(1), as other cases have suggested. But ultimately, that effect requires the exercise of judicial power to declare the law to be unconstitutional. And the exercise of that power requires the judge to make a determination of an ordinary question of law: by interpreting the impugned law and the relevant provisions of the Constitution, whether the impugned law is inconsistent with Canada's supreme law. If so, then the law is, of course, of no force or effect for all future cases, insofar as that judicial declaration made under s. 52(1) by a superior court is binding on other courts and within the right confines of the law relating to precedent. Other decisions of this Court that use the language of "striking out" or "striking down"

l'arrêt *Ferguson* et des remarques analogues faites par la Cour quant à l'effet d'une déclaration fondée sur le par. 52(1) (voir, p. ex., Marcotte, p. 13-14 et 16-17; Pinard, p. 349). En effet, l'arrêt *Ferguson* permet de comprendre clairement que la déclaration prononcée en application du par. 52(1) représente l'exercice d'un pouvoir judiciaire à vocation *erga omnes*. J'interprète que les renvois occasionnels au par. 52(1) valent jugements *in rem* dans la jurisprudence (voir, p. ex., *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181, par. 27), de la même manière. Le jugement *in rem* s'applique au-delà des parties concernées, mais, au bout du compte, même dans le contexte d'une déclaration fondée sur le par. 52(1), il demeure un jugement : l'exercice du pouvoir judiciaire de trancher une question de droit (*Coquitlam (City) c. Construction Aggregates Ltd.* (1998), 65 B.C.L.R. (3d) 275 (C.S.), par. 11-17, conf. par 2000 BCCA 301, 75 B.C.L.R. (3d) 350, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix, cité dans Marcotte, p. 14, note 64; voir aussi L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4<sup>e</sup> éd. 2016), p. 158). Il s'agit, à n'en pas douter, d'un précédent qui fait autorité, mais dans les limites prescrites de la règle du *stare decisis*.

[54] Je me contenterai donc de lire les propos de la Cour dans l'arrêt *Ferguson* comme une figure de style utile au lieu de les prendre au pied de la lettre. La juge en chef McLachlin a cherché à démontrer qu'en ce qui a trait au litige en matière de réparation dont était saisie la Cour dans cette affaire, la disposition législative était inconstitutionnelle *erga omnes* et non au cas par cas, et ce, en application du par. 52(1) plutôt que du par. 24(1) de la *Charte*. Sur le plan technique, il est vrai que l'explication de ce résultat trouve sa source au par. 52(1), comme l'ont indiqué d'autres décisions. Mais au bout du compte, cet effet nécessite l'exercice du pouvoir judiciaire de déclarer la disposition inconstitutionnelle, et l'exercice de ce pouvoir oblige le juge à statuer sur une question de droit ordinaire : en interprétant la disposition contestée et les dispositions pertinentes de la Constitution, il doit décider si la disposition contestée est incompatible avec la loi suprême du Canada. Si tel est le cas, alors la disposition législative est, bien entendu, inopérante pour l'avenir, dans la mesure où cette déclaration judiciaire faite

or “severing” statutory text should be understood in a similarly figurative manner, rendering the text merely inoperative pursuant to s. 52(1) as opposed to altering or repealing the text in the literal sense (see *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 94, and *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187, at para. 67, cited in Pinard, at pp. 331-34; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 695; Gervais, at p. 530; see also *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 70; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15; P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, at p. 100).

[55] Similarly, the principle from *Martin* that the “invalidity of a legislative provision inconsistent with the Charter does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1)” must be understood in its entire context (para. 28). *Martin* concerned the ability of administrative tribunals to consider the constitutionality of provisions of their enabling statutes (para. 27). Gonthier J. determined that an administrative tribunal empowered to consider and decide questions of law through its enabling statute must also have the power to determine a provision’s consistency with the Charter because its constitutionality is a question of law (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 6:3). Such a determination is not binding on future decision-makers (paras. 28 and 31). Importantly, Gonthier J. added that only through “obtaining a formal declaration of invalidity by a [superior] court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases” (para. 31), a point taken up in later cases of this Court (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 153; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, at paras. 43-44; *Ontario (Attorney General) v. G.*, 2020 SCC 38, [2020]

en application du par. 52(1) par une cour supérieure lie les autres tribunaux dans les limites prescrites du droit relatif au précédent. Dans d’autres décisions, la Cour a utilisé les mots « radier », « annuler » ou « amput[é] » en parlant d’un texte législatif, qu’on devrait considérer comme des figures de style du même ordre, et qui n’ont pour effet que de rendre le texte inopérant en application du par. 52(1), et non de modifier le texte ou de l’abroger littéralement (voir *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 94, et *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, par. 67, cité dans Pinard, p. 331-334; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 695; Gervais, p. 530; voir aussi *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, par. 70; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15; P. W. Hogg et A. A. Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, p. 100).

[55] De même, le principe tiré de l’arrêt *Martin* voulant que l’« invalidité d’une disposition législative incompatible avec la Charte découle non pas d’une déclaration d’inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l’application du par. 52(1) » doit être situé dans son contexte global (par. 28). L’arrêt *Martin* portait sur la compétence des tribunaux administratifs pour décider de la constitutionnalité d’une disposition de leur loi habilitante (par. 27). Le juge Gonthier a statué qu’un tribunal administratif autorisé par sa loi habilitante à examiner et à trancher des questions de droit doit aussi avoir le pouvoir de juger de la compatibilité d’une disposition avec la Charte, parce que sa constitutionnalité est une question de droit (K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), § 6:3). Pareille décision ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement (par. 28 et 31). Qui plus est, le juge Gonthier a ajouté que ce n’est qu’en « obtenant d’une cour [supérieure] une déclaration formelle d’invalidité qu’une partie peut établir, pour l’avenir, l’invalidité générale d’une disposition législative » (par. 31), des propos repris dans les décisions ultérieures de la Cour (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 153; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005

3 S.C.R. 629, at para. 88). In other words, it is the constitutional determination of a superior court judge that binds future decision makers (*R. v. Albashir*, 2021 SCC 48, [2021] 3 S.C.R. 531, at paras. 64-65). The inconsistency spoken to in s. 52(1) is revealed through litigation, specifically the judgment that declares the inoperability of the impugned law. The doctrine of *stare decisis* extends the effect of that judgment beyond the parties to the case, *erga omnes* within the province at least — subject to the limits of the doctrine itself. The issue in these appeals concerns the binding nature of such a judgment, and, in my view, consonant with our jurisprudence, a s. 52(1) declaration establishes unconstitutionality “for all future cases” through the authority of the judgment that makes that declaration. I agree with Paciocco J.A., at para. 34 of the judgment in appeal, that Gonthier J. was not seeking to alter the principles of *stare decisis* in *Martin*.

[56] I add that this explanation does not reduce the declaration to an individual remedy, as some interveners suggest. While it is true that *stare decisis* pertains to the reasons given by a court and a s. 52(1) declaration is a remedy, the reasons explain the status of the impugned law in terms of its consistency with the Constitution. The constitutional status of the law is, as I say, a question of law. The scope of the legal reasoning extends beyond the individual claimant, with effect beyond the parties flowing from the binding character of the judgment as a matter of precedent (*Albashir*, at para. 65). The granting of a personal remedy under s. 24(1), in contrast, is a highly factual exercise, involving the application of law to a specific context — that someone has obtained a s. 24(1) remedy in a case says very little about whether a subsequent claimant is entitled to the same relief (*Ferguson*, at paras. 59-61; *Albashir*, at para. 65).

CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257, par. 43-44; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 88). Autrement dit, c’est la décision en matière constitutionnelle d’un juge de cour supérieure qui lie les décideurs qui se prononceront ultérieurement (*R. c. Albashir*, 2021 CSC 48, [2021] 3 R.C.S. 531, par. 64-65). L’incompatibilité dont il est question au par. 52(1) est révélée par le litige, plus précisément par le jugement qui déclare inapplicable la disposition législative contestée. La règle du *stare decisis* étend l’effet de ce jugement au-delà des parties au litige, *erga omnes* dans la province à tout le moins — sous réserve des limites de la règle elle-même. La question soulevée dans les présents pourvois concerne le caractère obligatoire d’un tel jugement et, à mon sens, conformément à notre jurisprudence, une déclaration faite en application du par. 52(1) établit, « pour l’avenir », l’inconstitutionnalité par l’autorité du jugement qui fait cette déclaration. Je partage l’opinion exprimée par le juge Paciocco, au par. 34 de l’arrêt de la Cour d’appel, suivant laquelle le juge Gonthier ne cherchait pas à modifier les principes du *stare decisis* dans l’arrêt *Martin*.

[56] J’ajouterais que cette explication ne réduit pas la déclaration à une réparation individuelle, comme le laissent entendre certains intervenants. Certes, la règle du *stare decisis* porte sur les motifs exposés par un tribunal et une déclaration faite en application du par. 52(1) constitue une réparation, mais les motifs expliquent la valeur de la disposition contestée en fonction de sa compatibilité avec la Constitution. La constitutionnalité d’une disposition législative est, comme je le dis, une question de droit. La portée du raisonnement juridique dépasse le demandeur individuel, ses effets ne se limitant pas aux parties en raison du caractère obligatoire du jugement à titre de précédent (*Albashir*, par. 65). L’octroi d’une réparation personnelle en vertu du par. 24(1), en revanche, est une entreprise hautement factuelle qui suppose l’application de la disposition à un contexte précis — le fait qu’une personne obtienne une réparation en vertu du par. 24(1) dans une affaire donnée n’indique guère si un demandeur ultérieur aura droit à la même réparation (*Ferguson*, par. 59-61; *Albashir*, par. 65).

[57] In other words, in *McCaw*, Spies J. was right to conclude she was not free to ignore prior decisions but, with respect, she arrived at that conclusion for what appears to be the wrong reason (para. 76). It was right to say that, in considering whether to follow *Dunn*, the court was obliged to consider s. 33.1 as having been declared, by a judge of her court, as unconstitutional. But the result of that declaration was not that s. 33.1 was “off the books” (it remains of course on the books until Parliament chooses to remove it) (para. 76). Spies J. was bound to follow precedent because as a matter of horizontal *stare decisis*, *Dunn* was binding on courts of coordinate jurisdiction in the province as a matter of judicial comity, unless an exception to horizontal *stare decisis* was established. It was true that s. 33.1 was of no force and effect. It was true that the declaration in *Dunn* applied not just to the parties in that case but to all future cases. But, with respect, it was wrong to say that “judicial comity has no relevance to the issue before me” (*McCaw*, at para. 76). If she had concluded that *Dunn* had been rendered *per incuriam* (“through carelessness” or “by inadvertence”), for example, it would not have been binding on the court in *McCaw* based on the ordinary rules of *stare decisis* as interpreted in *Spruce Mills*. Indeed, as suggested by this Court in *Martin*, Spies J. could not apply an invalid law. It is certainly true, as suggested in *Ferguson*, that she had “no discretion” to do so (para. 35). Yet Spies J. was bound, as a matter of precedent, by the prior judgment of a court of coordinate jurisdiction to consider s. 33.1 to be unconstitutional, insofar as the doctrine of horizontal *stare decisis* so required.

[58] By contrast, in Mr. Chan’s case, Boswell J. decided, as a matter of discerning applicable and binding precedent, that *Dunn* did not bind him. While he may have erred in respect of his explanation as to why *Dunn* was not binding, he was right to consider

[57] En d’autres termes, dans la décision *McCaw*, la juge Spies a eu raison de conclure qu’elle n’était pas libre de passer outre à la jurisprudence. Cependant, soit dit avec égards, elle est arrivée à cette conclusion pour ce qui semble être la mauvaise raison (par. 76). Il était juste de dire qu’en se demandant si elle devait suivre la décision *Dunn*, la cour était tenue de considérer l’art. 33.1 comme ayant été déclaré inconstitutionnel par un de ses juges. Toutefois, cette déclaration n’a pas eu pour résultat de « retirer [l’art. 33.1] du corpus législatif » (il fait bien sûr toujours partie du corpus législatif jusqu’à ce que le Parlement choisisse de le retirer) (par. 76). La juge Spies était tenue de suivre le précédent parce qu’en raison du *stare decisis* horizontal, la décision *Dunn* liait les tribunaux de juridiction équivalente dans la province par courtoisie judiciaire, sauf si une exception au *stare decisis* horizontal était établie. Certes, l’art. 33.1 était inopérant. Certes, la déclaration faite dans la décision *Dunn* s’appliquait non seulement aux parties dans cette affaire, mais à toutes les affaires futures. Cependant, soit dit en tout respect, la juge Spies avait tort d’affirmer que [TRADUCTION] « la courtoisie judiciaire n’a rien à voir avec la question dont je suis saisie » (*McCaw*, par. 76). Si elle avait conclu que la décision *Dunn* avait été rendue *per incuriam* (« par imprudence » ou « par inadvertance »), par exemple, cette décision n’aurait pas lié la cour dans la décision *McCaw* sur le fondement de l’interprétation donnée aux règles ordinaires du *stare decisis* dans la décision *Spruce Mills*. En effet, comme l’a indiqué la Cour dans l’arrêt *Martin*, la juge Spies ne pouvait pas appliquer une disposition législative invalide. Il est incontestable, comme il est indiqué dans l’arrêt *Ferguson*, qu’elle ne disposait « [d’]aucun pouvoir discrétionnaire » de le faire (par. 35). Pourtant, la juge Spies était tenue, par le jugement antérieur d’un tribunal de juridiction équivalente ayant valeur de précédent, de juger l’art. 33.1 inconstitutionnel, dans la mesure où l’exigeait la règle du *stare decisis* horizontal.

[58] À l’inverse, dans le cas de M. Chan, le juge Boswell a décidé, au moment de cerner les précédents applicables et faisant autorité, qu’il n’était pas lié par la décision *Dunn*. Bien qu’il ait peut-être commis une erreur dans son explication de la raison pour laquelle

the matter from the point of view of binding precedent and the doctrine of horizontal *stare decisis*.

[59] I would add — and here I likely part company with the Court of Appeal in the present case — that the same principles apply to judicial declarations made by this Court under s. 52(1). I respectfully disagree with the view that, as the apex court in the Canadian judicial system, the Supreme Court of Canada is invested with a special mandate to strike laws from the books. The judges of this Court are judges, not legislators. If it is true that the declarations of this Court under s. 52(1) have a qualitatively different effect than declarations made by judges of other courts, it is on the basis of vertical *stare decisis* — the idea that other courts are bound to follow precedent set by higher judicial authority — and not because the Constitution has invested the judges of this Court with a power that is in some way non-judicial (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, for a related expression of this same idea).

### (3) The Role of Federalism and the Rule of Law

[60] The principle of constitutional supremacy cannot dominate the analysis of s. 52(1) to the exclusion of other constitutional principles. Mr. Sullivan points to the idea that an unconstitutional law is invalid from the moment it is enacted. But the strict enforcement of such a principle “cannot easily be reconciled with modern constitutional law” (*Albashir*, at para. 40). Instead, it is subject to a number of exceptions and s. 52(1) must be read “in light of all constitutional principles” (*Albashir*, at paras. 40 and 42; *G*, at para. 88). In *Albashir*, my colleague Karakatsanis J. explained that declarations of unconstitutionality are generally retrospective, consistent with the notion that a law is unconstitutional from its enactment. However, other constitutional principles may require a purely prospective declaration of unconstitutionality or a suspended declaration. Similarly, the legal effect of a s. 52(1) declaration by a superior court must be

il n’était pas lié par cette décision, il a eu raison d’examiner l’affaire sous l’angle du précédent faisant autorité et de la règle du *stare decisis* horizontal.

[59] J’ajouterais — et ici je me dissocie vraisemblablement de la Cour d’appel en l’espèce — que les mêmes principes s’appliquent aux déclarations judiciaires faites par la Cour en application du par. 52(1). Je ne peux souscrire à l’avis qu’à titre de tribunal de dernière instance dans le système judiciaire canadien, la Cour suprême du Canada est investie du mandat spécial de retirer des lois du corpus législatif. Les juges de la Cour sont des juges, non des législateurs. S’il est vrai que les déclarations faites par la Cour en application du par. 52(1) ont un effet différent sur le plan qualitatif que celles des juges d’autres tribunaux, c’est en raison du *stare decisis* vertical — l’idée que les autres tribunaux sont liés par les précédents qu’établit une autorité judiciaire supérieure — et non parce que la Constitution a investi les juges de la Cour d’un pouvoir qui est d’une certaine manière non judiciaire (voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, pour une formulation connexe à cette même idée).

### (3) Le rôle du fédéralisme et la primauté du droit

[60] Le principe de la suprématie de la Constitution ne saurait dominer l’analyse du par. 52(1) à l’exclusion des autres principes constitutionnels. Monsieur Sullivan attire l’attention sur l’idée qu’une disposition législative inconstitutionnelle est invalide dès son adoption. L’application stricte d’un tel principe « n’est toutefois pas facilement conciliable avec le droit constitutionnel moderne » (*Albashir*, par. 40). Elle est plutôt assujettie à plusieurs exceptions, et le par. 52(1) doit être interprété « à la lumière de tous les principes constitutionnels » (*Albashir*, par. 40 et 42; *G*, par. 88). Dans l’arrêt *Albashir*, ma collègue la juge Karakatsanis a expliqué que les déclarations d’inconstitutionnalité ont généralement un caractère rétroactif, ce qui s’accorde avec l’idée qu’une disposition législative est inconstitutionnelle dès son adoption. Cependant, d’autres principes constitutionnels peuvent commander une déclaration

defined with reference to constitutional supremacy, the rule of law, and federalism.

[61] It is often said there are four fundamental organizing precepts of the Constitution: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law and respect for minorities (see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 32, 43 and 49). Of particular importance in the context of s. 52(1), the principle of constitutional supremacy must be balanced against federalism and the rule of law (see *Albashir*, at paras. 30 and 34). This point has been neglected by Mr. Sullivan and some of the interveners who argue that a declaration of unconstitutionality has the effect of rendering a law null and void as “against the world” without regard for the territorial limits of the administration of justice within a province. Yet even in *McCaw*, Spies J. understood that effect to be limited to the province (para. 77). Author Mark Mancini acknowledges that this is linked to a proper understanding of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which explains that because superior courts operating “within the province” only have powers within the province, courts of one province are not bound by decisions of courts of another province (“Declarations of Invalidity in Superior Courts” (2019), 28:3 *Const. Forum* 31, at p. 35, relying on *Wolf v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 107; see also Gervais, at p. 561; Brun, Tremblay and Brouillet, at para. I.106). I agree.

[62] Federalism prevents a s. 52(1) declaration issued within one province from binding courts throughout the country: indeed, to allow a declaration of unconstitutionality issued by a superior court in British Columbia to bind a superior court, much less an appellate court, in Quebec or Alberta would be wholly inconsistent with our constitutional structure (see, e.g., *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 70). It cannot be the case that the supremacy clause compels this

d’inconstitutionnalité avec effet purement prospectif ou une déclaration dont la prise d’effet est suspendue. De même, l’effet juridique d’une déclaration faite par une cour supérieure en application du par. 52(1) doit être défini en fonction de la suprématie de la Constitution, de la primauté du droit et du fédéralisme.

[61] On dit souvent que la Constitution compte quatre préceptes directeurs fondamentaux : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités (voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32, 43 et 49). Élément qui revêt une importance particulière dans le contexte du par. 52(1), le principe de la suprématie de la Constitution doit être mis en balance avec le fédéralisme et la primauté du droit (voir *Albashir*, par. 30 et 34). Cet élément a été négligé par M. Sullivan et certains des intervenants qui soutiennent qu’une déclaration d’inconstitutionnalité a pour effet de rendre une disposition nulle et non avenue « à l’égard de tous », sans égard aux limites territoriales de l’administration de la justice dans une province. Pourtant, même dans la décision *McCaw*, la juge Spies estimait qu’une déclaration d’inconstitutionnalité produisait ses effets seulement dans la province (par. 77). L’auteur Mark Mancini reconnaît que cet énoncé découle d’une compréhension adéquate de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il explique que, comme les cours supérieures exerçant leurs activités « dans la province » ne disposent de pouvoirs que dans celle-ci, les tribunaux d’une province ne sont pas liés par les décisions des tribunaux d’une autre province (« Declarations of Invalidity in Superior Courts » (2019), 28:3 *Forum const.* 31, p. 35, s’appuyant sur *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107; voir aussi Gervais, p. 561; Brun, Tremblay et Brouillet, par. I.106). Je suis du même avis.

[62] Le fédéralisme empêche qu’une déclaration faite en application du par. 52(1) dans une province lie les tribunaux partout au Canada : en effet, permettre qu’une déclaration d’inconstitutionnalité prononcée par une cour supérieure de la Colombie-Britannique lie une cour supérieure, ou même une cour d’appel, du Québec ou de l’Alberta serait tout à fait incompatible avec notre structure constitutionnelle (voir, p. ex., *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 70). Il

outcome, through the simple operation of s. 52(1) (see C.A. reasons, at para. 35). I understand this to be a major obstacle to Mr. Sullivan’s argument, not just as a matter of the territorial scope of the effect of s. 52(1) declarations, but in respect of the theoretical basis for arguing why and how they would operate outside the confines of the ordinary rules of *stare decisis*. If the provision of s. 33.1 was truly “off the books” because a s. 52(1) declaration resulted in it being considered null and void, it is hard to explain why — not least from the perspective of the accused in another province — it would be null and void in one part of the country and not another.

[63] The better view is that s. 33.1 is not null and void, but inoperative by reason of a determination of law made by a judge. That determination is binding, within the province, unless there is valid reason to depart from it. The accused is free to make that argument and a court of coordinate jurisdiction is not irretrievably bound by the prior decision within the province. Needless to say, the declaration of unconstitutionality made by a superior court in one province may be followed in another province because it is persuasive (see, e.g., *Parent v. Guimond*, 2016 QCCA 159, at paras. 11 et seq. (CanLII); Brun, Tremblay and Brouillet, at para. I.105). Thus, I reject the arguments from Mr. Sullivan and the interveners that a s. 52(1) declaration is of such a unique legal character that, once a declaration is issued anywhere in the country, its effect is that the impugned legislation is “no longer in the system” from coast to coast. Instead, a s. 52(1) declaration is the end-result of a judge’s ability to resolve questions of law and should be observed by courts of coordinate jurisdiction within the province as a matter of *stare decisis*: nothing more or less.

[64] It follows there is no supplementary power held by courts when issuing a declaration of unconstitutionality beyond the strictures imposed by the rules

est impossible que la disposition consacrant la primauté de la Constitution commande ce résultat, par la simple application du par. 52(1) (voir motifs de la C.A. par. 35). Cela représente à mes yeux un obstacle de taille à l’argument de M. Sullivan, non seulement en ce qui a trait à la portée territoriale de l’effet des déclarations faites en application du par. 52(1), mais aussi à l’égard du fondement théorique permettant de soutenir pourquoi et de quelle manière ces déclarations s’appliqueraient en dehors du cadre des règles ordinaires du *stare decisis*. Si l’art. 33.1 était vraiment « retiré du corpus législatif » parce qu’une déclaration faite en application du par. 52(1) aurait fait en sorte qu’il soit considéré nul et non avenue, il serait difficile d’expliquer pourquoi — notamment du point de vue d’un accusé dans une autre province — l’art. 33.1 serait nul et non avenue dans une partie du pays et non dans une autre.

[63] Il est plus juste de penser que l’art. 33.1 n’est pas nul et non avenue, mais inopérant en raison d’une décision rendue par un juge sur un point de droit. Une telle décision fait autorité dans la province, sauf s’il y a une raison valable de l’écarter. L’accusé est libre d’avancer cet argument, et un tribunal de juridiction équivalente n’est pas irrémédiablement lié par la décision antérieure qui a été rendue dans la province. Il va sans dire que la déclaration d’inconstitutionnalité faite par une cour supérieure dans une province peut être suivie dans une autre province en raison de sa force persuasive (voir, p. ex., *Parent c. Guimond*, 2016 QCCA 159, par. 11 et suiv. (CanLII); Brun, Tremblay et Brouillet, par. I.105). Par conséquent, je rejette les arguments de M. Sullivan et des intervenants selon lesquels la déclaration faite en application du par. 52(1) a un caractère juridique si unique que, une fois prononcée n’importe où au pays, elle a pour effet que la disposition contestée [TRADUCTION] « disparaît du système » d’un océan à l’autre. Une déclaration faite en application du par. 52(1) est plutôt le résultat final de la capacité d’un juge de résoudre des questions de droit, et elle doit être respectée par les tribunaux de juridiction équivalente dans la province en raison de la règle du *stare decisis*, ni plus ni moins.

[64] En conséquence, les tribunaux ne disposent, au moment de prononcer une déclaration d’inconstitutionnalité, d’aucun pouvoir supplémentaire qui

of *stare decisis*. Precedent requires judges to examine prior judicial decisions, examine the *ratio decidendi* in order to determine whether the *ratio* is binding or distinguishable and, if binding, whether the precedent must be followed or departed from (see M. Rowe and L. Katz, “A Practical Guide to *Stare Decisis*” (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, at pp. 8-12; D. Parkes, “Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada” (2006), 32 *Man. L.J.* 135, at p. 141; see also *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 71). Adherence to precedent furthers basic rule of law values such as consistency, certainty, fairness, predictability, and sound judicial administration (*Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 137; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), at paras. 118-21). It helps ensure judges decide cases based on shared and general norms, rather than personal predilection or intuition (J. Waldron, “Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach” (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1, at pp. 22-23). The rule of law itself has constitutional status, recognized in the preamble of the *Charter*. It “lie[s] at the root of [Canada’s] system of government” (*Reference re Secession of Quebec*, at paras. 32 and 70).

[65] Horizontal *stare decisis* applies to courts of coordinate jurisdiction within a province, and applies to a ruling on the constitutionality of legislation as it does to any other legal issue decided by a court, if the ruling is binding. While not strictly binding in the same way as vertical *stare decisis*, decisions of the same court should be followed as a matter of judicial comity, as well as for the reasons supporting *stare decisis* generally (Parkes, at p. 158). A constitutional ruling by any court will, of course, bind lower courts through vertical *stare decisis*.

[66] *Stare decisis* brings important benefits to constitutional adjudication that balance predictability

dépasse les contraintes des règles du *stare decisis*. La règle du précédent oblige les juges à examiner les décisions judiciaires antérieures et le *ratio decidendi* afin d’établir si le *ratio* fait autorité ou peut être distingué et, s’il fait autorité, si l’on doit suivre le précédent ou s’en écarter (voir M. Rowe et L. Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, p. 8-12; D. Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135, p. 141; voir aussi *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 71). Le respect des précédents renforce les valeurs fondamentales de la primauté du droit comme la cohérence, la certitude, la justesse, la prévisibilité et une saine administration de la justice (*Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 137; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 118-121). Il contribue à faire en sorte que les juges tranchent les causes en fonction de normes communes et générales, plutôt qu’en fonction de leur préférence ou intuition (J. Waldron, « Stare Decisis and the Rule of Law : A Layered Approach » (2012), 111 *Mich. L. Rev.* 1, p. 22-23). La primauté du droit elle-même a une valeur constitutionnelle et est reconnue dans le préambule de la *Charte*. Elle « [est] à la base [du] système de gouvernement [canadien] » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 32 et 70).

[65] Le *stare decisis* horizontal s’applique aux tribunaux de juridiction équivalente dans une province, et s’applique à une décision sur la constitutionnalité d’une disposition contestée, de même qu’à toute autre question de droit tranchée par une cour, si la décision fait autorité. Bien qu’elles ne fassent pas strictement autorité de la même façon que le *stare decisis* vertical, les décisions du même tribunal devraient être suivies par souci de courtoisie judiciaire, de même que pour les raisons justifiant l’application de la règle du *stare decisis* en général (Parkes, p. 158). La décision en matière constitutionnelle d’un tribunal liera évidemment les juridictions inférieures par la voie du *stare decisis* vertical.

[66] La règle du *stare decisis* procure au règlement de questions constitutionnelles d’importants avantages

and consistency with changing social circumstances and the need for correctness. As Robert J. Sharpe has observed, an incorrect constitutional decision by a court is more difficult to repair and may require legislative intervention (*Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018)). It would be unwise for a single trial judge in a province to bind all other trial judges. It is better to revisit precedent than to allow it to perpetuate an injustice (Sharpe, at pp. 165-68). Were s. 52(1) declarations strictly binding for all future cases, none of these benefits would be realized and our constitutional law would ossify. It is for these reasons that McLachlin C.J. asserted that “*stare decisis* is not a straitjacket that condemns the law to stasis” (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 44). Horizontal *stare decisis* attempts to balance stability and predictability against correctness and the orderly development of the law.

[67] In the absence of the supporting theory of *stare decisis*, *res judicata* on its own is not a helpful lens through which to analyse s. 52(1) declarations. *Res judicata* estops relitigation of disputed facts and disputed mixed questions of fact and law (B. Garner et al., *The Law of Judicial Precedent* (2016), at p. 374). The formal requirements of the two main branches of *res judicata*, cause of action and issue estoppel, will not be met in cases relitigating the constitutionality of a provision, for the simple reason that the parties will not be the same and neither will the facts. I acknowledge that courts also have inherent ability to prevent an abuse of process, which prevents relitigation of an issue where the strict test for *res judicata* is not met, in order to “[preserve] the integrity of the court’s process” (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 42).

qui établissent un équilibre entre la prévisibilité et la cohérence, d’une part, et l’évolution de la situation sociale et le besoin de justesse, d’autre part. Comme l’a fait remarquer Robert J. Sharpe, la décision incorrecte en matière constitutionnelle d’un tribunal est plus difficile à corriger et pourrait requérir l’intervention du législateur (*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018)). Il serait malavisé qu’un seul juge de première instance dans une province lie tous les autres juges de première instance. Il vaut mieux réexaminer un précédent que le laisser perpétuer une injustice (Sharpe, p. 165-168). Si les déclarations prononcées en application du par. 52(1) faisaient strictement autorité pour l’avenir, aucun de ces avantages ne se concrétiserait, et notre droit constitutionnel se scléroserait. Voilà pourquoi la juge en chef McLachlin a affirmé que « le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l’inertie » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44). Le *stare decisis* horizontal vise à concilier, d’une part, la stabilité et la prévisibilité et, d’autre part, la justesse et l’évolution ordonnée du droit.

[67] Sans la théorie du *stare decisis* qui l’appuie, le principe de l’autorité de la chose jugée, à lui seul, n’aide pas à analyser les déclarations faites en application du par. 52(1). Ce principe empêche le réexamen des faits contestés ainsi que des questions mixtes de fait et de droit contestées (B. Garner et autres, *The Law of Judicial Precedent* (2016), p. 374). Les exigences formelles des deux principaux volets du principe de l’autorité de la chose jugée — la préclusion fondée sur la cause d’action et celle découlant d’une question déjà tranchée — ne seront pas respectées dans les cas où la constitutionnalité d’une disposition est remise en cause, pour la simple raison que ni les parties ni les faits ne seront les mêmes. Je reconnais que les tribunaux ont aussi la faculté inhérente d’empêcher un abus de procédure, et d’empêcher ainsi la remise en cause d’une question lorsque le critère strict d’application du principe de l’autorité de la chose jugée n’est pas respecté, afin de « préserver l’intégrité du processus judiciaire » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 42).

[68] *Stare decisis* is the better framework to apply to litigation of constitutional issues, as it better guards against the relitigation of law, whereas *res judicata* guards against the relitigation of facts. First, abuse of process is not confined within a province and applying it to relitigation of the constitutionality of legislation would require a court to consider whether the parties are estopped from arguing the issue because a court in another jurisdiction has already decided on it. Even more remarkably, applying abuse of process to these types of cases would require a court of appeal to consider whether it should hear an appeal where a trial court in another province has already ruled on the constitutionality of an issue. Second, *stare decisis* and the test from *Spruce Mills* serve as a better guide for trial judges to determine whether to depart from horizontal precedent. At its core, this question relates to the rule of law and judicial comity. Applying abuse of process would unnecessarily confuse this analysis. Finally, courts must adjudicate constitutional issues — applying abuse of process or *res judicata* would prevent a court from even considering new constitutional arguments or issues. This would be unwise and would undermine constitutional supremacy. It would also prevent the courts from adapting to changing social circumstances, a fundamental feature of our constitutional order.

[69] Lastly, I note that some have been critical of the fact that the constitutional status of s. 33.1 has remained unsettled before trial courts across the country more than twenty years after its enactment by reason, in part, of a lack of appeals by the prosecution. Section 33.1 was declared unconstitutional by several trial courts in different provinces and upheld in others over this period. Notwithstanding declarations of unconstitutionality by trial courts, the Crown continued to rely on the provision in subsequent cases. One intervener before us suggested that the Crown

[68] La règle du *stare decisis* est le meilleur cadre d'analyse à appliquer aux litiges concernant des questions constitutionnelles, car elle assure une meilleure protection contre la remise en cause du droit, alors que le principe de l'autorité de la chose jugée empêche la remise en cause des faits. Premièrement, la doctrine de l'abus de procédure ne se limite pas à l'intérieur d'une province et, pour l'appliquer à la remise en cause de la constitutionnalité d'une disposition législative, le tribunal aurait à se demander si les parties étaient préclues de débattre de la question parce qu'un tribunal dans un autre ressort a déjà statué sur celle-ci. Fait encore plus remarquable, l'application de la doctrine de l'abus de procédure dans les affaires de ce genre obligerait la cour d'appel à se demander si elle devrait instruire un appel alors qu'un tribunal de première instance dans une autre province s'est déjà prononcé sur la constitutionnalité d'une disposition. Deuxièmement, la règle du *stare decisis* et l'analyse de la décision *Spruce Mills* guident mieux les juges de première instance lorsqu'ils décident s'il y a lieu de s'écarter d'un précédent d'un tribunal de même juridiction. Essentiellement, cette question se rapporte à la primauté du droit et à la courtoisie judiciaire. Appliquer la doctrine de l'abus de procédure brouillerait inutilement cette analyse. Enfin, les tribunaux doivent trancher des questions d'ordre constitutionnel — appliquer la doctrine de l'abus de procédure ou le principe de l'autorité de la chose jugée empêcherait le tribunal d'examiner de nouveaux arguments ou de nouvelles questions d'ordre constitutionnel. Cela ne serait pas judicieux et la suprématie de la Constitution s'en trouverait affaiblie. Cela empêcherait aussi les tribunaux de s'adapter à l'évolution de la situation sociale, une caractéristique fondamentale de notre ordre constitutionnel.

[69] Enfin, je constate que certains ont déploré le fait que la constitutionnalité de l'art. 33.1 soit demeurée incertaine devant les tribunaux de première instance à l'échelle du pays pendant plus de vingt ans après son adoption en raison, notamment, de l'absence d'appels interjetés par la Couronne. Pendant cette période, l'art. 33.1 a été déclaré inconstitutionnel par plusieurs tribunaux de première instance dans différentes provinces et confirmé par d'autres. Malgré les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par les tribunaux de première instance, la Couronne

must appeal declarations of unconstitutionality at the first opportunity or accept the lower court's conclusion for all future cases. In the legal literature, some have said that it is unacceptable, in respect of federal legislation, for a provision to be unconstitutional in one province and not in another, or for a law to be applied inconsistently within a province because its constitutionality remains unsettled.

[70] While one might well expect the authorities to consider an appeal when faced with conflicting trial decisions relating to a law on which the prosecution continues to rely, I respectfully disagree with the view that the relevant attorney general is bound to appeal declarations of unconstitutionality in criminal matters such as these. It is true that when put on notice that the constitutionality of a provision has been challenged, the attorney general has the “opportunity” to defend the impugned law and appeal a declaration of unconstitutionality where an appeal does lie (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 19; see also *R. v. McCann*, 2015 ONCA 451, at para. 6 (CanLII)). Yet however desirable uniform treatment of the substantive criminal law might be within or even across provinces, the decision to appeal remains within the discretion of the attorney general, who acts independently in deciding the question, in keeping with its authority to pursue the public interest (see, e.g., M. Rosenberg, “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen's L.J.* 813, at pp. 819 and 825; K. Roach, “Not Just the Government's Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen's L.J.* 598, at pp. 608-10, citing J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at p. 228).

[71] Barring an abuse of that authority, the attorney general is not answerable for the exercise of its discretion in such matters before the courts (*R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at paras. 44 and 46). The attorney general might well choose not to appeal a declaration of unconstitutionality,

a continué de se fonder sur la disposition dans des affaires subséquentes. Un intervenant a affirmé que la Couronne doit porter en appel les déclarations d'inconstitutionnalité à la première occasion, ou accepter la conclusion du tribunal inférieur pour l'avenir. Dans la doctrine, certains auteurs ont déclaré qu'il est inacceptable, en ce qui a trait aux lois fédérales, qu'une disposition soit inconstitutionnelle dans une province et non dans une autre, ou qu'une disposition ne soit pas appliquée de façon uniforme dans une province parce que sa constitutionnalité demeure incertaine.

[70] Bien que l'on puisse s'attendre à ce que les autorités envisagent un appel lorsqu'elles font face à des décisions contradictoires en première instance concernant une disposition sur laquelle la Couronne continue de s'appuyer, je ne suis pas d'avis que le procureur général compétent est tenu de porter en appel les déclarations d'inconstitutionnalité dans les affaires criminelles comme celles en l'espèce. Il est vrai que lorsqu'il est avisé que la constitutionnalité d'une disposition a été contestée, le procureur général a « l'occasion » de défendre la disposition contestée et d'interjeter appel de la déclaration d'inconstitutionnalité si un appel est effectivement possible (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 19; voir aussi *R. c. McCann*, 2015 ONCA 451, par. 6 (CanLII)). Toutefois, aussi souhaitable que soit le traitement uniforme du droit criminel substantiel au sein des provinces ou même entre celles-ci, la décision d'interjeter appel relève du pouvoir discrétionnaire du procureur général, qui agit indépendamment lorsqu'il prend cette décision, conformément à son pouvoir de servir l'intérêt public (voir, p. ex., M. Rosenberg, « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen's L.J.* 813, p. 819 et 825; K. Roach, « Not Just the Government's Lawyer : The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen's L.J.* 598, p. 608-610, citant J. L. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), p. 228).

[71] À moins qu'il y ait abus de ce pouvoir, le procureur général n'a pas de comptes à rendre aux tribunaux concernant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans de telles affaires (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 44 et 46). Le procureur général pourrait décider de ne pas interjeter

for example, if it felt that the matter is insufficiently developed in the decided cases for proper consideration by an appeal court or that a conviction would best be left alone. For example, there was no appeal from the constitutional ruling in *Dunn* notwithstanding an appeal from sentence (see, e.g., *R. v. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27 (C.A.); see also *R. v. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561 (C.A.)). That said, unsettled constitutional law, “and the uncertainty and unpredictability that [can] result”, may of course be a matter of serious consequence (*Ferguson*, at para. 72, cited in *Nur*, at para. 91).

[72] Before us, it was argued that the peculiar circumstances of this case highlight that the constitutional status of s. 33.1 remained unsettled for a significant period of time. It is not, of course, the role of this Court to instruct the Attorney General of Canada in the exercise of its prosecutorial discretion or the other tools it has at its disposal in the exercise of its charge. I do note that the Attorney General of Canada itself has written that “the Attorney General may conclude that it is in the public interest to appeal a *Charter* decision to the Supreme Court of Canada in order to allow for a pan-Canadian determination of the legislation’s constitutionality, as well as a pan-Canadian interpretation of the relevant *Charter* right” (Department of Justice Canada, *Principles Guiding the Attorney General of Canada in Charter Litigation* (2017), at p. 10). In making these comments, I acknowledge the constitutional and practical constraints on the office of the attorney general in the pursuit of its role as the “protector of the public interest” in the proper functioning of the criminal justice system (see, e.g., *R. v. Cawthorne*, 2016 SCC 32, [2016] 1 S.C.R. 983, at para. 27-28; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616).

(4) Proper Approach to Horizontal *Stare Decisis*

[73] Horizontal *stare decisis* applies to decisions of the same level of court. The framework that

appel d’une déclaration d’inconstitutionnalité, par exemple, s’il estime que la question n’est pas suffisamment élaborée dans les décisions antérieures en vue d’un examen utile par une cour d’appel, ou qu’il serait mieux de ne pas réexaminer la déclaration de culpabilité. Par exemple, il n’y a pas eu d’appel de la décision en matière constitutionnelle dans l’affaire *Dunn* malgré un appel de la peine (voir, p. ex., *R. c. Dunn* (2002), 156 O.A.C. 27 (C.A.); voir aussi *R. c. Jensen* (2005), 74 O.R. (3d) 561 (C.A.)). Cela dit, le droit constitutionnel qui n’est pas encore bien établi, « ainsi que l’incertitude et l’imprévisibilité [pouvant] en découle[r] », peuvent évidemment avoir des conséquences graves (*Ferguson*, par. 72, cité dans *Nur*, par. 91).

[72] Devant nous, il a été soutenu que les circonstances particulières de l’affaire mettent en évidence que la constitutionnalité de l’art. 33.1 est demeurée incertaine pendant une longue période. Évidemment, ce n’est pas le rôle de la Cour de donner des instructions au procureur général du Canada dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ou dans l’utilisation des autres outils dont il dispose dans l’exercice de sa charge. Je note que le procureur général du Canada a lui-même écrit qu’il « peut conclure que l’intérêt public commande d’appeler [d’]une décision fondée sur la *Charte* à la Cour suprême du Canada, afin d’obtenir à l’échelle nationale une décision sur la constitutionnalité de la loi contestée et une interprétation du droit pertinent prévu à la *Charte* » (Ministère de la Justice du Canada, *Principes guidant le procureur général du Canada dans les litiges fondés sur la Charte* (2017), p. 10). En faisant ces commentaires, je reconnais les contraintes constitutionnelles et pratiques relatives à la charge du procureur général dans le cadre de son rôle de « défenseur de l’intérêt public » pour le bon fonctionnement du système de justice criminelle (voir, p. ex., *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983, par. 27-28; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616).

(4) Approche à adopter à l’égard du *stare decisis* horizontal

[73] Le *stare decisis* horizontal s’applique aux décisions du même niveau de juridiction. Le cadre

guides the application of horizontal *stare decisis* for superior courts at first instance is found in *Spruce Mills*, described by Wilson J. as follows (at p. 592):

... I will only go against a judgment of another Judge of this Court if:

(a) Subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment;

(b) it is demonstrated that some binding authority in case law, or some relevant statute was not considered;

(c) the judgment was unconsidered, a *nisi prius* judgment given in circumstances familiar to all trial Judges, where the exigencies of the trial require an immediate decision without opportunity to fully consult authority.

[74] The *Spruce Mills* criteria have been followed in numerous cases across Canada. However, the analytical framework has, at times, been blurred and the criteria have occasionally been of difficult application. Varying standards have been invoked to define when departure from prior precedent is appropriate. For example, some have held that a prior decision can be ignored if it is “plainly wrong” (*R. v. Green*, 2021 ONSC 2826, at paras. 9 and 24 (CanLII)), when there is “good reason” for doing so (*R. v. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4, at para. 42), or in “extraordinary circumstances” (*R. v. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22 (Q.B.), at para. 6). The standards of “plainly wrong”, “good reason”, and “extraordinary circumstances” are qualitative tags susceptible of extending to almost any circumstance and do not provide the same precise guidance that *Spruce Mills* does (see S. Kerwin, “*Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court: Revisiting *Hansard Spruce Mills*” (2004), 62 *Advocate* 541, at p. 543, fn. 33). These terms should no longer be used. In particular, the phrase “plainly wrong” is a subjective term and suggests that a judge may depart from binding precedent if they disagree with it — mere personal disagreement between two judges is not a sufficient basis to depart from binding precedent. The institutional consistency and predictability rationales of

qui guide l’application par les cours supérieures de première instance du *stare decisis* horizontal se trouve dans la décision *Spruce Mills*, où le juge Wilson l’a décrit en ces termes (p. 592) :

[TRADUCTION] ... Je ne tirerai une conclusion qui contredise le jugement d’un autre juge de la Cour que dans les cas suivants :

a) des décisions subséquentes ont affecté la validité du jugement contesté;

b) il est démontré qu’un précédent faisant autorité ou une loi pertinente n’a pas été pris en considération;

c) le jugement a été rendu de manière inconsidérée, un jugement *nisi prius* rendu dans des circonstances connues de tous les juges de première instance, lorsque les exigences du procès requièrent une décision immédiate sans que le juge ait l’occasion de consulter pleinement les sources.

[74] Les critères de la décision *Spruce Mills* ont été appliqués dans de nombreuses affaires au Canada. Cependant, le cadre d’analyse s’est parfois obscurci, et il a été difficile à l’occasion de l’appliquer. Différentes normes ont été invoquées pour établir quand il est opportun de s’écarter d’un précédent. Par exemple, certains ont statué qu’il est possible de faire abstraction d’une décision si elle est [TRADUCTION] « manifestement erronée » (*R. c. Green*, 2021 ONSC 2826, par. 9 et 24 (CanLII)), lorsqu’il existe de [TRADUCTION] « bonnes raisons » de le faire (*R. c. Kehler*, 2009 MBPC 29, 242 Man. R. (2d) 4, par. 42), ou dans des [TRADUCTION] « circonstances extraordinaires » (*R. c. Wolverine and Bernard* (1987), 59 Sask. R. 22 (B.R.), par. 6). Les normes de la décision « manifestement erronée », des « bonnes raisons » et des « circonstances extraordinaires » sont des étiquettes qualitatives susceptibles de viser presque toute situation et ne fournissent pas les mêmes directives précises que la décision *Spruce Mills* (voir S. Kerwin, « *Stare Decisis* in the B.C. Supreme Court : Revisiting *Hansard Spruce Mills* » (2004), 62 *Advocate* 541, p. 543, note 33). Ces termes ne devraient plus être employés. En particulier, l’expression « manifestement erronée » est subjective et donne à penser que le juge peut s’écarter d’un précédent qui fait autorité s’il n’y souscrit pas — un simple désaccord personnel

*stare decisis* are undermined by standards that enable difference in a single judge's opinion to determine whether precedent should be followed. It is also not the case that a court can decide a question of law afresh where there are conflicting decisions.

[75] The principle of judicial comity — that judges treat fellow judges' decisions with courtesy and consideration — as well as the rule of law principles supporting *stare decisis* mean that prior decisions should be followed unless the *Spruce Mills* criteria are met. Correctly stated and applied, the *Spruce Mills* criteria strike the appropriate balance between the competing demands of certainty, correctness and the even-handed development of the law. Trial courts should only depart from binding decisions issued by a court of coordinate jurisdiction in three narrow circumstances:

1. The rationale of an earlier decision has been undermined by subsequent appellate decisions;
2. The earlier decision was reached *per incuriam* (“through carelessness” or “by inadvertence”); or
3. The earlier decision was not fully considered, e.g. taken in exigent circumstances.

[76] First, a judge need not follow a prior decision where the authority of the prior decision has been undermined by subsequent decisions. This may arise in a situation where a decision has been overruled by, or is necessarily inconsistent with, a decision by a higher court (see *Rowe and Katz*, at p. 18, citing *Kerwin*, at p. 542).

[77] Second, a judge can depart from a decision where it was reached without considering a relevant statute or binding authority. In other words, the decision was made *per incuriam*, or by inadvertence, a

entre deux juges n'est pas un motif suffisant pour s'écarter d'un précédent faisant autorité. La cohérence institutionnelle et la prévisibilité qui sous-tendent la règle du *stare decisis* se trouvent minées par des normes qui permettent à un seul juge, en raison d'une divergence d'opinions, de déterminer s'il y a lieu de suivre un précédent. Il est également faux de dire qu'un tribunal peut trancher à nouveau une question de droit en présence de décisions contradictoires.

[75] Le principe de la courtoisie judiciaire — voulant que les juges traitent les décisions de leurs consoeurs et confrères avec courtoisie et considération — et les principes de la primauté du droit qui appuient la règle du *stare decisis* impliquent que les décisions antérieures devraient être suivies, à moins que les critères énoncés dans la décision *Spruce Mills* soient satisfaits. Lorsqu'ils sont correctement formulés et appliqués, les critères de cette décision établissent un rapport juste entre les impératifs concurrents de la certitude, de la justesse et de l'évolution équilibrée du droit. Les tribunaux de première instance ne devraient s'écarter des décisions faisant autorité rendues par un tribunal de juridiction équivalente que dans trois situations précises :

1. La justification d'une décision antérieure a été compromise par des décisions subséquentes de cours d'appel;
2. La décision antérieure a été rendue *per incuriam* (« par imprudence » ou « par inadvertance »); ou
3. La décision antérieure n'a pas été mûrement réfléchie, c.-à-d. qu'elle a été prise dans une situation d'urgence (« *exigent circumstances* »).

[76] Premièrement, le juge n'a pas à suivre une décision antérieure dont l'autorité a été sapée par des décisions subséquentes. Cela peut arriver lorsqu'une décision a été infirmée par un jugement d'une cour de niveau hiérarchiquement supérieur ou lorsqu'elle est nécessairement incompatible avec un tel jugement (voir *Rowe et Katz*, p. 18, citant *Kerwin*, p. 542).

[77] Deuxièmement, le juge peut s'écarter d'une décision rendue sans égard à une loi applicable ou à une source faisant autorité. Autrement dit, la décision a été rendue *per incuriam*, ou par inadvertance, situation

circumstance generally understood to be “rare” (see, e.g., *The Owners, Strata Plan BCS 4006 v. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370, at para. 132). The standard to find a decision *per incuriam* is well-known: the court failed to consider some authority such that, had it done so, it would have come to a different decision because the inadvertence is shown to have struck at the essence of the decision. It cannot merely be an instance in which an authority was not mentioned in the reasons; it must be shown that the missing authority affected the judgment (Rowe and Katz, at p. 19).

[78] Third and finally, a judge may depart where the exigencies of the trial required an immediate decision without the opportunity to consult authority fully and thus the decision was not fully considered. An unconsidered judgment is not binding on other judges (Rowe and Katz, at p. 18, citing *Spruce Mills*, at p. 592).

[79] These criteria define when a superior court at first instance may depart from binding judgment issued by a court of coordinate jurisdiction and apply equally to a prior ruling on the constitutionality of legislation. Where, as here, a judge is faced with conflicting authority on the constitutionality of legislation, the judge must follow the most recent authority unless the criteria above are met. In such a situation, the judge must, in determining whether the prior decision was taken *per incuriam*, consider whether the analysis failed to consider a binding authority or statute relevant to the legal question.

[80] To be plain: these criteria do not detract from the narrow circumstances outlined in *Bedford*, at paras. 42-45, describing when a lower court may depart from binding vertical precedent.

[81] I will now turn to whether it was appropriate for the trial judge in Mr. Chan’s case to depart from *Dunn* and decide the constitutionality of s. 33.1 afresh.

qui, de l’avis général, se produit rarement (voir, p. ex., *The Owners, Strata Plan BCS 4006 c. Jameson House Ventures Ltd.*, 2017 BCSC 1988, 4 B.C.L.R. (6th) 370, par. 132). La norme à appliquer pour juger qu’une décision a été rendue *per incuriam* est bien connue : le tribunal n’a pas tenu compte d’une source faisant autorité, de sorte que, s’il l’avait fait, il aurait rendu une décision différente car il est démontré que l’inadvertance touche à l’essence de la décision. Il ne peut s’agir simplement d’un cas où une source n’a pas été mentionnée dans les motifs; il faut démontrer que le fait que la source était manquante a influé sur le jugement (Rowe et Katz, p. 19).

[78] Troisièmement et en dernier lieu, le juge peut s’écarter d’un précédent lorsque les exigences du procès requièrent une décision immédiate sans qu’il soit possible de consulter pleinement les sources et, de ce fait, la décision n’a pas été mûrement réfléchie. Un jugement non réfléchi ne lie pas les autres juges (Rowe et Katz, p. 18, citant *Spruce Mills*, p. 592).

[79] Ces critères indiquent dans quelles circonstances une cour supérieure de première instance peut s’écarter d’un jugement faisant autorité rendu par un tribunal de juridiction équivalente, et ils s’appliquent tout autant à une décision antérieure sur la constitutionnalité d’une disposition législative. Lorsque, comme en l’espèce, le juge se trouve devant des précédents contradictoires sur la constitutionnalité d’un texte législatif, il doit suivre la décision la plus récente, sauf si les critères susmentionnés sont respectés. En pareil cas, pour décider si la décision antérieure a été rendue *per incuriam*, le juge doit se demander si l’analyse a omis de tenir compte d’une source faisant autorité ou d’une loi pertinente pour la question de droit.

[80] Soyons clairs : ces critères ne changent rien aux situations précises décrites dans l’arrêt *Bedford*, par. 42-45, dans lesquelles une juridiction inférieure peut s’écarter d’un précédent faisant autorité malgré la règle du *stare decisis* vertical.

[81] Je détermine maintenant s’il était opportun pour le juge du procès dans le cas de M. Chan de s’écarter de la décision *Dunn* et de décider à nouveau de la constitutionnalité de l’art. 33.1.

[82] Application of the doctrine of horizontal *stare decisis* in Mr. Chan’s case illustrates how the *Spruce Mills* criteria should work in practice. At the time of Boswell J.’s constitutional ruling, there were four known decisions from the Ontario Superior Court, three of which held that s. 33.1 was unconstitutional. The most recent of these was *Fleming*. *Fleming* relied wholly on *Dunn* and, as a result, it is most appropriate to apply the *Spruce Mills* criteria to *Dunn*.

[83] Boswell J. cited the correct principles from *Spruce Mills* but, respectfully, erred in applying them. First, he concluded that he “[did] not feel constrained to follow one school of thought more than the other” because trial courts across the country had expressed different views on the constitutionality of s. 33.1 (para. 58). The conventions of horizontal *stare decisis* apply within the province and so the trial judge was required to consider the *Spruce Mills* criteria with specific reference to previous rulings within Ontario. The presence of conflicting decisions is not a reason to sidestep the *Spruce Mills* analysis. Second, in the Application to Re-open the Constitutional Challenge, he concluded that *McCaw* — which held that it was bound by *Dunn* — was “plainly wrong” (paras. 14 and 34). The “plainly wrong” standard no longer adequately summarizes the whole of the applicable *Spruce Mills* criteria.

[84] Instead, Boswell J. should have looked to the substance of *Dunn* to determine whether it had been overruled by a higher court, had been decided *per incuriam*, or had been taken in exigent circumstances. That would have revealed that *Dunn* did not engage whatsoever with the earlier Ontario decision in *R. v. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL) (C.J. (Gen. Div.)), that upheld the constitutionality of s. 33.1. Since *Dunn* did not apply the *Spruce Mills* criteria to determine whether it was permissible to depart from

[82] L’application de la théorie du *stare decisis* horizontal dans le cas de M. Chan montre de quelle manière les critères de la décision *Spruce Mills* devraient opérer en pratique. À l’époque où le juge Boswell a rendu sa décision en matière constitutionnelle, il y avait quatre décisions connues de la Cour supérieure de l’Ontario, dont trois où elle a jugé que l’art. 33.1 était inconstitutionnel. La plus récente d’entre elles était la décision *Fleming*; elle s’appuyait entièrement sur la décision *Dunn* et, par conséquent, il est tout à fait opportun d’appliquer les critères de la décision *Spruce Mills* à la décision *Dunn*.

[83] Le juge Boswell a cité les bons principes de la décision *Spruce Mills* mais, soit dit en toute déférence, il a erré en les appliquant. Tout d’abord, le juge Boswell a conclu qu’il [TRADUCTION] « ne se sent[ait] pas obligé de suivre une école de pensée plutôt qu’une autre » parce que les tribunaux de première instance partout au pays ont exprimé des points de vue différents sur la constitutionnalité de l’art. 33.1 (par. 58). Les conventions du *stare decisis* horizontal s’appliquent dans la province, et donc, le juge du procès était tenu de prendre en considération les critères de la décision *Spruce Mills* en renvoyant expressément aux décisions antérieures rendues en Ontario. La présence de décisions contradictoires ne justifie pas d’écarter l’analyse fondée sur la décision *Spruce Mills*. Ensuite, dans la demande de réexamen de la décision en matière constitutionnelle, il a conclu que la décision *McCaw* — dans laquelle la cour a statué qu’elle était liée par la décision *Dunn* — était [TRADUCTION] « manifestement erronée » (par. 14 et 34). La norme de la décision « manifestement erronée » ne résume plus adéquatement l’ensemble des critères applicables énoncés dans la décision *Spruce Mills*.

[84] Le juge Boswell aurait plutôt dû s’attarder au fond de la décision *Dunn* pour déterminer si elle avait été infirmée par une cour de niveau hiérarchiquement supérieur, si elle avait été rendue *per incuriam* ou si elle avait été prononcée en situation d’urgence. Cela aurait révélé que le jugement *Dunn* ne traite pas du tout de la décision antérieure ontarienne *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL) (C.J. (Div. gén.)), qui a confirmé la constitutionnalité de l’art. 33.1. Comme le tribunal dans la décision *Dunn* n’a pas appliqué

*Decaire, Dunn* was a decision *per incuriam* and did not need to be followed. The trial judge should have then reviewed the substance of *Decaire* to determine whether that decision should be followed based on the *Spruce Mills* criteria. That would have revealed that *Decaire* considered the appropriate statutes and authorities in reaching the conclusion that s. 33.1 infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* but was upheld under s. 1. There is also no indication that *Decaire* was rendered in exigent circumstances. The trial judge therefore should have followed *Decaire* in the constitutional ruling. Of course, on appeal, the Court of Appeal was not bound to follow *Decaire* or any other first instance superior court decision.

[85] Finally, it bears recalling that *McCaw* was decided shortly after the constitutional ruling in Mr. Chan's case. The court in *McCaw* did not have the benefit of Boswell J.'s reasons in Mr. Chan's case for upholding s. 33.1, as the pre-trial constitutional decision had not yet been published while awaiting possible jury deliberations (Application to Re-Open Constitutional Challenge, at para. 9). In circumstances such as this, where a court had no practical way of knowing that the earlier decision existed, the judgment will not bind a subsequent court, unless it has been brought to the court's attention or the court is otherwise aware of it (see Kerwin, at p. 551).

[86] To summarize, a court is required by the principles of judicial comity and horizontal *stare decisis* to follow a binding prior decision of the same court in the province. A decision may not be binding if it is distinguishable on its facts or the court has no practical way of knowing it existed. If it is binding, a trial court may only depart if one or more of the *Spruce Mills* exceptions apply.

les critères de la décision *Spruce Mills* pour décider s'il était possible de s'écarter de la décision *Decaire*, la décision *Dunn* avait été rendue *per incuriam* et il n'était pas nécessaire de la suivre. Le juge du procès aurait dû ensuite examiner le fond de la décision *Decaire* pour décider s'il y avait lieu de la suivre compte tenu des critères de la décision *Spruce Mills*. Cela aurait révélé que la décision *Decaire* a tenu compte des lois et sources appropriées pour arriver à la conclusion que l'art. 33.1 contrevenait à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, mais qu'il était maintenu en application de l'article premier. Rien n'indique non plus que la décision *Decaire* a été rendue dans une situation d'urgence. Le juge du procès aurait donc dû suivre la décision *Decaire* dans la décision en matière constitutionnelle. Bien entendu, en appel, la Cour d'appel n'était pas tenue de suivre la décision *Decaire* ou toute autre décision d'une cour supérieure de première instance.

[85] Enfin, il convient de rappeler que la décision *McCaw* a été rendue peu après la décision en matière constitutionnelle dans le cas de M. Chan. La cour dans l'affaire *McCaw* n'avait pas pu prendre connaissance des motifs pour lesquels le juge Boswell a maintenu l'art. 33.1 dans la décision relative à M. Chan, car sa décision sur la constitutionnalité, préalable au procès, n'avait pas encore été publiée dans l'attente des délibérations possibles du jury (Demande de réexamen de la contestation constitutionnelle, par. 9). Dans un cas comme celui-ci, où le tribunal n'avait aucun moyen pratique de savoir que la décision antérieure existait, le jugement ne liera pas un tribunal, sauf s'il est porté à son attention ou si le tribunal en a connaissance d'une autre manière (voir Kerwin, p. 551).

[86] En résumé, les principes de la courtoisie judiciaire et du *stare decisis* horizontal obligent le tribunal à suivre une décision antérieure faisant autorité, rendue dans la province par le même tribunal. Une décision peut ne pas être contraignante s'il est possible de la distinguer au vu des faits en cause ou si le tribunal n'avait aucun moyen pratique de savoir qu'elle existait. Si la décision fait autorité, une cour de première instance ne peut s'en écarter que si l'une ou plusieurs des exceptions établies dans la décision *Spruce Mills* s'appliquent.

[87] I will now turn to Mr. Chan’s cross-appeal.

B. *Is There Jurisdiction to Hear Mr. Chan’s Cross-Appeal?*

[88] Mr. Chan argued in his application for leave to cross-appeal that s. 695 of the *Criminal Code* provides this Court with the jurisdiction to hear his cross-appeal, which allows it to make any order that a court of appeal “might have made”. He points to *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, where this Court granted leave to an accused’s cross-appeal and entered an acquittal in place of a new trial. I disagree. In my view, his application for leave to cross-appeal should be quashed for want of jurisdiction.

[89] Sections 691 and 692 of the *Criminal Code* set out the jurisdiction of this Court to hear criminal appeals brought by criminal accused. An accused may appeal where their conviction for an indictable offence has been confirmed by the Court of Appeal (s. 691(1)) or where acquittal at trial has been set aside by the Court of Appeal (s. 691(2)). Sections 691(1) and (2), along with s. 692 (which has no bearing on this case), represent the whole of an accused’s express statutory right to appeal when their conviction has been affirmed or their acquittal set aside by a Court of Appeal. In circumstances like those of Mr. Chan, where an accused, having been convicted of an indictable offence at trial, is granted a new trial, s. 691 does not provide a route of appeal to this Court.

[90] There is no other statutory route for Mr. Chan to appeal the Court of Appeal’s order of a new trial. Section 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, which does give this Court jurisdiction to hear an appeal of a final order of a Court of Appeal, cannot ground jurisdiction for a cross-appeal by Mr. Chan because s. 40(3) precludes it:

[87] Je passe maintenant à l’appel incident de M. Chan.

B. *La Cour a-t-elle compétence pour instruire l’appel incident de M. Chan?*

[88] Monsieur Chan a soutenu dans sa demande d’autorisation d’appel incident que l’art. 695 du *Code criminel* confère à la Cour compétence pour instruire son appel incident, ce qui permet à celle-ci de rendre toute ordonnance qu’une cour d’appel « aurait pu rendre ». Il invoque l’arrêt *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215, où la Cour a accordé à un accusé l’autorisation de former un appel incident et a inscrit un acquittement au lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Je ne suis pas de cet avis. D’après moi, sa demande d’autorisation d’appel incident devrait être cassée pour défaut de compétence.

[89] Les articles 691 et 692 du *Code criminel* établissent la compétence de la Cour pour instruire des appels en matière criminelle interjetés par des accusés. L’accusé peut interjeter appel si sa déclaration de culpabilité pour un acte criminel a été confirmée par la Cour d’appel (par. 691(1)) ou si l’acquittement au procès a été annulé par la Cour d’appel (par. 691(2)). Les paragraphes 691(1) et (2), ainsi que l’art. 692 (qui n’a aucune incidence sur la présente affaire), représentent l’intégralité du droit d’appel qu’accorde expressément la loi à un accusé lorsque sa déclaration de culpabilité a été confirmée ou son acquittement a été annulé par une cour d’appel. Dans une situation comme celle de M. Chan, où l’accusé reconnu coupable d’un acte criminel au procès se voit accorder un nouveau procès, l’art. 691 n’offre pas de voie d’appel à la Cour.

[90] Monsieur Chan ne dispose d’aucune autre voie légale pour interjeter appel de l’ordonnance de la Cour d’appel visant la tenue d’un nouveau procès. Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, qui confère effectivement à la Cour compétence pour instruire l’appel d’une ordonnance définitive d’une cour d’appel, ne saurait fonder le pouvoir d’instruire l’appel incident de M. Chan parce que le par. 40(3) l’en empêche :

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or *setting aside* or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

In other words, where a person is convicted of an indictable offence but subsequently has that conviction set aside, there is no right of appeal to this Court under s. 40 (see *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 18). The combined effect of s. 40(3) and ss. 691 and 692 “excludes many criminal appeals from the ambit of s. 40(1)” (*R. v. Shea*, 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17, at para. 3, per Cromwell J.).

[91] Respectfully, *J.F.* does not assist Mr. Chan. The parties in *J.F.* did not make submissions on whether the accused in that case had jurisdiction to cross-appeal. Where a case is heard but jurisdiction is not discussed, the case is not an authority that the Court has jurisdiction (*Saumur v. Recorder’s Court (Quebec)*, [1947] S.C.R. 492, at pp. 497-98). It is well understood that this Court’s jurisdiction is statutory — a prior decision of this Court which did not address jurisdiction cannot displace clear statutory language (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53).

[92] During oral argument, counsel for Mr. Chan also referred the Court to *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579. In that case, the Court held that the British Columbia Court of Appeal did not have jurisdiction to order a limited new trial on the issue of not criminally responsible on account of mental disorder because it would have restricted the accused’s right to control his defence. This Court ordered a full new trial instead. *Warsing* is distinguishable here because it did not substitute an order for a new trial for an acquittal — it maintained the same order but varied the scope of the new trial. On the specific question of whether this Court has jurisdiction to hear a cross-appeal, *Warsing* is also distinguishable on the basis that no cross-appeal was filed. It was appropriate for the Court to rely on s. 695(1) in that

(3) Le présent article ne permet pas d’en appeler devant la Cour d’un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou *annulant* ou confirmant l’une ou l’autre de ces décisions dans le cas d’un acte criminel ou, sauf s’il s’agit d’une question de droit ou de compétence, d’une infraction autre qu’un acte criminel.

Autrement dit, la personne reconnue coupable d’un acte criminel mais dont la déclaration de culpabilité est annulée par la suite ne dispose pas d’un droit d’appel à la Cour au titre de l’art. 40 (voir *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 18). L’effet combiné du par. 40(3) ainsi que des art. 691 et 692 « exclut de nombreux pourvois en matière criminelle de la portée du par. 40(1) » (*R. c. Shea*, 2010 CSC 26, [2010] 2 R.C.S. 17, par. 3, le juge Cromwell).

[91] Soit dit en toute déférence, l’arrêt *J.F.* n’est d’aucun secours à M. Chan. Les parties dans cet arrêt n’ont pas présenté d’observations sur la question de savoir si l’accusé dans cette affaire pouvait interjeter un appel incident. Lorsqu’une cause est instruite mais que la compétence n’est pas examinée, l’affaire ne constitue pas un précédent portant que la Cour a compétence (*Saumur c. Recorder’s Court (Quebec)*, [1947] R.C.S. 492, p. 497-498). Il est reconnu que la compétence de la Cour tire son origine de la loi — une décision antérieure de la Cour qui ne traite pas de compétence ne saurait écarter une disposition législative claire (*Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53).

[92] Durant les plaidoiries, l’avocat de M. Chan a également porté à l’attention de la Cour l’arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, où celle-ci a statué que la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’avait pas compétence pour ordonner la tenue d’un nouveau procès limité à la question de la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, parce que cela aurait restreint le droit de l’accusé de contrôler sa défense. La Cour a plutôt ordonné la tenue d’un nouveau procès. L’arrêt *Warsing* peut être distingué de l’affaire qui nous occupe, car la Cour n’y a pas remplacé une ordonnance visant la tenue d’un nouveau procès par un acquittement — elle a maintenu la même ordonnance, mais elle a modifié la portée du nouveau procès. En ce qui a trait à la question précise de savoir si la Cour a compétence pour instruire un

case because it had jurisdiction to hear the appeal and it was merely varying the order which the Court of Appeal ought to have made. As s. 695(1) provides, this Court “may, on an appeal under this Part, make any order that the court of appeal might have made and may make any rule or order that is necessary to give effect to its judgment”.

### C. *Disposition of the Appeals*

#### (1) Mr. Chan

[93] Given the lack of jurisdiction to substitute an acquittal, it would be unwise to comment further on the substance of Mr. Chan’s application to cross-appeal. Since this Court has held that s. 33.1 is unconstitutional and of no force or effect in *Brown*, Mr. Chan may avail himself of the defence of non-mental disorder automatism, should it be applicable on the facts. He will have the opportunity to lead evidence in that regard.

[94] Counsel for Mr. Chan submitted in oral argument that a stay of proceedings is warranted if there is no jurisdiction to hear the cross-appeal (transcript, at p. 154). If a retrial occurs, Mr. Chan argued, the Crown will very likely take the position that Mr. Chan is not criminally responsible by reason of a mental disorder — a position the prosecution forcefully opposed at his first trial. The evidence he led at his first trial to support the finding that he was not criminally responsible under s. 16, including highly personal evidence of his concussions, learning disabilities, and depression, would be used against him in his retrial. He argues that it is fundamentally unfair.

[95] Assuming without deciding that a stay could be ordered in such circumstances, I would decline to do so here. There is an insufficient record before the Court to order a stay of proceedings. I am unable to conclude, based on the nature of the proceedings

appel incident, l’arrêt *Warsing* peut aussi être distingué au motif qu’aucun appel incident n’avait été déposé. Il était opportun pour la Cour de s’appuyer sur le par. 695(1) dans cette affaire, car elle avait compétence pour instruire l’appel et ne faisait que modifier l’ordonnance rendue par la Cour d’appel. Comme le prévoit le par. 695(1), la Cour « peut, sur un appel aux termes de la présente partie, rendre toute ordonnance que la cour d’appel aurait pu rendre et peut établir toute règle ou rendre toute ordonnance nécessaire pour donner effet à son jugement ».

### C. *Dispositif des pourvois*

#### (1) Monsieur Chan

[93] Vu le défaut de compétence de la Cour pour prononcer un acquittement, il ne serait pas judicieux de commenter davantage le fond de la demande d’autorisation d’appel incident de M. Chan. Comme la Cour a conclu dans l’arrêt *Brown* que l’art. 33.1 est inconstitutionnel et inopérant, M. Chan peut invoquer la défense d’automatisme sans troubles mentaux, si elle est applicable aux faits. Il aura l’occasion de produire des éléments de preuve à cet égard.

[94] L’avocat de M. Chan a soutenu dans sa plaidoirie qu’un arrêt des procédures est justifié s’il y a défaut de compétence pour instruire l’appel incident (transcription, p. 154). Si un nouveau procès a lieu, soutient M. Chan, la Couronne fera vraisemblablement valoir qu’il est non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux — une position à laquelle la poursuite s’est farouchement opposée lors de son premier procès. Les éléments de preuve qu’il a présentés à son premier procès afin d’étayer la conclusion selon laquelle il était non criminellement responsable au sens de l’art. 16, notamment des preuves très personnelles de ses commotions, de ses troubles d’apprentissage et de sa dépression, seraient utilisés contre lui lors de son nouveau procès, ce qui est fondamentalement inéquitable selon lui.

[95] À supposer, sans en décider, qu’il soit possible d’ordonner l’arrêt des procédures dans de telles circonstances, je m’abstiendrais de le faire ici. La Cour ne dispose pas d’un dossier suffisamment étoffé pour ordonner l’arrêt des procédures. Je ne peux conclure,

below, that a stay is warranted. I hasten to add that a future trial judge may find otherwise if the evidence put forward and the nature of the proceedings warrant. A stay of proceedings may only be granted in the “clearest of cases”, where prejudice to an accused’s rights or to the judicial system is irreparable and cannot be remedied (*R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 52; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31, both quoting *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 68 and 82). The test for a stay has three components: 1) there must be prejudice to an accused’s fair trial right or to the integrity of the justice system that will be perpetuated or aggravated through a trial or its outcome; 2) there must be no alternative remedy capable of remedying the prejudice; 3) where it is unclear whether a stay is warranted after the first two steps, the court must balance the interests in favour of a stay against the interest that society has in having a final decision on the merits (*Babos*, at para. 32).

[96] Mr. Chan’s arguments with respect to the prejudice he might suffer relate to a future trial, not the proceedings below. I am unable to conclude, on the record before the Court, that Mr. Chan’s right to a fair trial has been prejudiced. A trial judge is best positioned to determine whether such prejudice arises in the future and, if it does, what the appropriate remedy may be (*O’Connor*, at paras. 68 and 82). For example, a trial judge would be capable of excluding evidence if the Crown sought to marshal it in a prejudicial manner.

[97] I add that it remains an open question whether it would be in the public interest to proceed with Mr. Chan’s prosecution again, or whether there is a reasonable prospect of conviction. This case is, to use the words of the trial judge, a tragic case with a tragic result. It is also true that Mr. Chan has been charged with serious violent crimes. The final decision on how to proceed rests with the Crown and in my view, this Court is not best placed to consider the matter further.

étant donné la nature des instances devant les juridictions inférieures, qu’un arrêt des procédures est justifié. Je m’empresse d’ajouter qu’un prochain juge du procès pourrait tirer une conclusion différente si la preuve produite et la nature de l’instance le justifiaient. L’arrêt des procédures ne peut être prononcé que dans les « cas les plus manifestes », où l’atteinte aux droits de l’accusé ou au système judiciaire est irréparable et il serait impossible d’y remédier (*R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 52; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31, les deux citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 68 et 82). Le critère régissant l’arrêt des procédures comporte trois éléments : 1) il doit y avoir une atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable ou à l’intégrité du système de justice qui sera perpétuée ou aggravée par le procès ou par son issue; 2) il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de remédier à l’atteinte; 3) s’il subsiste une incertitude quant à l’opportunité de l’arrêt des procédures à l’issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militant en faveur de cet arrêt et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond (*Babos*, par. 32).

[96] Les arguments présentés par M. Chan au sujet du préjudice qu’il subirait se rapportent à un futur procès, et non aux instances devant les juridictions inférieures. Je ne peux conclure, selon le dossier présenté à la Cour, qu’il y a eu atteinte au droit de M. Chan à un procès équitable. Le juge du procès est le mieux placé pour établir si pareille atteinte survient à l’avenir et, dans l’affirmative, quelle serait la réparation convenable (*O’Connor*, par. 68 et 82). Par exemple, le juge du procès pourrait exclure des éléments de preuve si la Couronne a cherché à les obtenir de manière préjudiciable.

[97] J’ajoute que la question de savoir s’il serait dans l’intérêt public d’aller encore une fois de l’avant avec le procès de M. Chan, ou s’il existe une possibilité raisonnable de déclaration de culpabilité, demeure entière. Pour reprendre les propos du juge du procès, il s’agit d’une affaire tragique dont l’issue est tout aussi tragique. Il est également vrai que M. Chan a été accusé de graves crimes violents. La décision définitive quant à la façon de procéder revient à la Couronne et, à mon avis, la Cour n’est pas la mieux placée pour examiner la question en profondeur.

(2) Mr. Sullivan

[98] The trial judge found that Mr. Sullivan was acting involuntarily when he attacked his mother. The common law compels an acquittal in such an instance. He was nevertheless found guilty, due to the operation of s. 33.1. The Court of Appeal declared that s. 33.1 is of no force or effect, set aside the conviction, and substituted an acquittal. As I concluded in *Brown*, the Court of Appeal was correct that s. 33.1 is unconstitutional. Mr. Sullivan established at trial that he was intoxicated to the point of automatism owing to his Wellbutrin overdose. Given that s. 33.1 is of no force or effect, I would confirm the conclusion of the Court of Appeal that Mr. Sullivan is entitled to acquittals.

VI. Conclusion

[99] I would dismiss the appeals. The application for leave to cross-appeal by Mr. Chan should be quashed for want of jurisdiction. In the result, I would confirm Mr. Sullivan's acquittals and the order of a new trial for Mr. Chan.

*Appeals dismissed and application for leave to cross-appeal quashed.*

*Solicitor for the appellant/respondent on application for leave to cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent David Sullivan: Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/applicant on application for leave to cross-appeal Thomas Chan: Henein Hutchison, Toronto.*

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

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

(2) Monsieur Sullivan

[98] Le juge du procès a conclu que M. Sullivan agissait de façon involontaire lorsqu'il a agressé sa mère. La common law exige un acquittement en pareil cas. Il a néanmoins été reconnu coupable, en raison de l'application de l'art. 33.1. La Cour d'appel a déclaré l'art. 33.1 inopérant, a annulé la déclaration de culpabilité et a prononcé un acquittement. Comme je l'ai conclu dans l'arrêt *Brown*, la Cour d'appel a eu raison de déclarer que l'art. 33.1 est inconstitutionnel. Monsieur Sullivan a établi au procès qu'il était dans un état d'intoxication s'apparentant à l'automatisme à cause de sa surdose de Wellbutrin. Puisque l'art. 33.1 est inopérant, je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle M. Sullivan a droit à des acquittements.

VI. Conclusion

[99] Je suis d'avis de rejeter les pourvois. La demande d'autorisation d'appel incident présentée par M. Chan doit être cassée pour défaut de compétence. Par conséquent, je suis d'avis de confirmer les acquittements de M. Sullivan et l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès pour M. Chan.

*Pourvois rejetés et demande d'autorisation d'appel incident cassée.*

*Procureur de l'appelante/intimée à la demande d'autorisation d'appel incident : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé David Sullivan : Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé/demandeur à la demande d'autorisation d'appel incident Thomas Chan : Henein Hutchison, Toronto.*

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

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

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

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

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Torys, Toronto; University of Ottawa, Faculty of Law, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Torys, Toronto; Université d'Ottawa, Faculté de droit, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health: Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenant Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health : Martell Defence, Toronto; Anita Szigeti Advocates, Toronto; McKay Ferg, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Rosen & Company, Toronto; Brauti Thorning, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Rosen & Company, Toronto; Brauti Thorning, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Neubauer Law, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Neubauer Law, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Megan Stephens Law, Toronto; WeirFoulds, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : Megan Stephens Law, Toronto; WeirFoulds, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Advocates for the Rule of Law: McCarthy Tétrault, Vancouver; Jordan Honickman Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law : McCarthy Tétrault, Vancouver; Jordan Honickman Barristers, Toronto.*