

Murray Ross Holmes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Saskatchewan *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HOLMES

File No.: 17643.

1987: April 2; 1988: May 26.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Possession of house-breaking instruments — Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted — Whether s. 309(1) of the Criminal Code violated s. 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Possession of house-breaking instruments — Burden of proof — Presumption of innocence — Whether accused bearing persuasive burden of establishing lawful excuse to justify his actions where intent to use the instruments for house-breaking purposes admitted — Whether s. 309(1) of the Criminal Code violated s. 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Elements of offence — Burden of proof — Possession of house-breaking instruments — Whether accused's intent to use the instruments for house-breaking an essential element of the offence — Whether accused required to prove innocent intent on a balance of probabilities — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 309(1).

Appellant was charged with unlawful possession of house-breaking instruments contrary to s. 309(1) of the *Criminal Code*. This section provides that "Every one

Murray Ross Holmes *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général de la Saskatchewan *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. C. HOLMES

N° du greffe: 17643.

1987: 2 avril; 1988: 26 mai.

c

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? — L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

f

Droit criminel — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — Charge de la preuve — Présomption d'innocence — L'accusé a-t-il le fardeau de persuasion pour démontrer l'existence d'une excuse légitime justifiant ses actes lorsque l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons est admise? — L'article 309(1) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

h

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Charge de la preuve — Possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons — L'intention de l'accusé d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons constitue-t-elle un élément essentiel de l'infraction? — L'accusé est-il tenu de démontrer une intention innocente suivant la prépondérance des probabilités? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 309(1).

j

L'appelant a été accusé de possession illégale d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons en contravention du par. 309(1) du *Code criminel*. Ce

who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for house-breaking . . . under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking . . . is guilty of an indictable offence . . .” Prior to entering a plea, appellant moved to quash the indictment. The judge granted the motion on the ground that s. 309(1) was inconsistent with the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On appeal, the Court of Appeal set aside the order quashing the indictment and directed that the indictment be prosecuted in the ordinary way. The Court held that s. 309(1) did not constitute a “reverse onus” clause and thus was not inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. This appeal is to determine whether s. 309(1) of the *Code* violates s. 11(d) of the *Charter* and, if so, whether such violation is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McIntyre and Le Dain JJ.: Section 309(1) of the *Criminal Code* is not inconsistent with s. 11(d) of the *Charter* which guarantees the right to be presumed innocent unless proven guilty according to the law. The burden of proof under s. 309(1) must be discharged without the benefit of any presumption against the accused.

The words “reasonable inference” (of guilt) in s. 309(1) do not enable a finding of guilt on something less than proof beyond a reasonable doubt. These words employed in a criminal enactment can mean only an inference which on the basis of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt would warrant a conclusion of guilt in the absence of any answer or explanation. An inference of guilt is not reasonable in the criminal context unless it overrides a reasonable doubt.

The phrase “without lawful excuse, the proof of which lies upon him” in the context of s. 309(1) does not amount to a reverse onus clause which imposed a burden on the accused to prove his innocence. These words were included in the section in order to make available the defence of innocent purpose, which would not have been open to an accused without this phrase because, in the words of the section prior to 1972, the offence was complete without consideration of purpose. When the section was amended in 1972 to make the intention to use the instrument for house-breaking an essential element of the offence, the phrase was rendered super-

paragraphe prévoit: «Est coupable d'un acte criminel [...] quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons [...] dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons . . .» Avant d'enregistrer un plaidoyer, l'appelant a demandé l'annulation de l'acte d'accusation. Le juge du procès a fait droit à la requête pour le motif que le par. 309(1) est incompatible avec la présomption d'innocence et avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance qui a annulé l'acte d'accusation et a ordonné que la procédure par acte d'accusation suive son cours. Elle a conclu que le par. 309(1) ne constitue pas une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» et par conséquent qu'elle est compatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. Le présent pourvoi vise à déterminer si le par. 309(1) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si une telle violation est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges McIntyre et Le Dain: Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* n'est pas incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*, qui garantit le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. La preuve requise aux fins du par. 309(1) doit se faire sans le bénéfice d'une présomption à l'encontre de l'accusé.

L'expression «donnent raisonnablement lieu de conclure» (à la culpabilité) au par. 309(1) ne permet pas de fonder une déclaration de culpabilité sur une preuve moindre que la preuve hors de tout doute raisonnable. Employée dans une disposition criminelle, le seul sens possible de cette expression est une conclusion qui, selon la norme criminelle de la preuve hors de tout doute raisonnable, justifierait un verdict de culpabilité en l'absence d'une preuve contraire ou d'une explication. Dans le contexte criminel, une conclusion de culpabilité n'est pas raisonnable tant qu'il subsiste un doute raisonnable.

L'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» ne constitue pas dans le contexte du par. 309(1) une clause qui porte inversion de la charge de la preuve et qui oblige l'accusé à prouver son innocence. Il s'agit d'une expression qui a été incluse dans l'article afin qu'on puisse se prévaloir du moyen de défense du but innocent qui, à défaut de cette clause, ne pourrait pas être invoqué par un accusé parce que, selon le texte de l'article en vigueur antérieurement à 1972, l'infraction était complète indépendamment du but visé. Quand l'article a été modifié en 1972 de manière à faire de l'intention de se servir de l'instrument pour s'introduire

fluous. The purpose for which the accused intended to use the tools was effectively converted from a defence which the accused had to prove to show his innocence, to an essential element of the offence which the Crown had to prove beyond a reasonable doubt to prove his guilt. As a result, the phrase was denuded of its original content and was probably retained in the section out of an abundance of caution.

The general common law excuses, such as duress or authorization by law, are not encompassed within the phrase "without lawful excuse" and need not be proved on a balance of probabilities. These words do not encompass excuses or justifications that would exist if the words were omitted from the *Code*. In any event, even if s. 309(1) would require the accused to establish such defences on a balance of probabilities, this requirement would not offend s. 11(d) of the *Charter*. Defences or excuses of this nature can only be raised where the offence has been proved. Where, as in this case, proof of guilt beyond a reasonable doubt is required without the benefit of any presumption before any need for defence arises, s. 11(d) of the *Charter* is not offended.

Per La Forest J.: I am in agreement with the interpretation given s. 309(1) of the *Code* by McIntyre J. So interpreted, the section does not conflict with s. 11(d) of the *Charter*.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: The intention to use the instruments for house-breaking purposes is an essential component of the offence under s. 309(1) of the *Code*. The Crown must prove not only possession of the instruments specified in the indictment and that they were suitable for house-breaking purposes beyond a reasonable doubt, but also "circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking". Such an inference, in the context of a criminal charge, can only be reasonable where the jury is convinced beyond a reasonable doubt that the accused actually intended to or did use the instruments for the purpose of house-breaking. The section therefore does not place a persuasive burden on the accused to establish a lack of intention to use the instruments for house-breaking purposes. Any burden on the accused with respect to such a defence is purely an evidential one. But the opening words of s. 309(1)—namely, "without lawful excuse, the proof of which lies upon him"—place a persuasive burden on the accused to establish on a balance of probabilities an excuse in circumstances

par effraction dans une maison un élément essentiel de l'infraction, l'expression en question est devenue superflue. D'un moyen de défense que l'accusé devait prouver pour démontrer son innocence, l'usage qu'il entendait faire des instruments a été transformé en élément essentiel de l'infraction, élément que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable afin d'établir la culpabilité de l'accusé. L'expression a donc été vidée de son sens primitif et, si elle a été conservée dans l'article, c'est probablement par précaution.

Les excuses générales de *common law*, telles que la contrainte ou l'autorisation de la loi, échappent à la portée de l'expression «sans excuse légitime» et n'ont pas à être prouvées selon la prépondérance des probabilités. Cette expression ne comprend pas les excuses ou les justifications qui existeraient si elle était omise du *Code*. En tout état de cause, même si le par. 309(1) exigeait que l'accusé établisse un tel moyen de défense selon la prépondérance des probabilités, cela n'irait pas à l'encontre de l'al. 11d) de la *Charte*. Ce type de moyens de défense ou d'excuses ne peuvent être invoqués que dans une situation où l'infraction a été prouvée. Lorsque, comme en l'espèce, la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable sans le bénéfice d'une présomption avant de soulever un moyen de défense, il n'y a pas de violation de l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge La Forest: Je suis d'accord avec l'interprétation que le juge McIntyre a donné au par. 309(1) du *Code*. Vu cette interprétation, l'article n'entre pas en conflit avec l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: L'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons constitue un élément essentiel de l'infraction aux termes du par. 309(1) du *Code*. Le ministère public doit non seulement démontrer la possession des instruments précisés dans l'acte d'accusation et la possibilité, hors de tout doute raisonnable, qu'ils puissent servir aux effractions de maisons, mais également les «circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons». Une telle conclusion, dans le contexte d'une accusation criminelle, peut seulement être raisonnable lorsque le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a réellement eu l'intention d'utiliser ou a effectivement utilisé les instruments à des fins d'effractions de maisons. Par conséquent, le paragraphe n'impose pas à l'accusé un fardeau de persuasion pour établir qu'il n'avait pas l'intention d'utiliser les instruments à ces fins. Tout fardeau qui incombe à l'accusé vis-à-vis d'un tel moyen de défense est purement un fardeau de présentation. Toutefois, l'expression utilisée au par. 309(1),

where he admits an intention to use the instruments for house-breaking purposes but claims a justification for his actions, such as duress or authorization by law.

Section 309(1) of the *Code* violates s. 11(d) of the *Charter*. Although, strictly speaking, s. 309(1) is not a "reverse onus" provision, in that it does not presume an essential element of the offence, the provision, by requiring proof by the accused of certain defences on a balance of probabilities, makes it possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. Any burden on an accused which has the effect of dictating a conviction despite the presence of a reasonable doubt contravenes s. 11(d).

Section 309(1) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The section does not meet the proportionality test enunciated in *Oakes*. First, section 309(1) does not impair "as little as possible" the right or freedom guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Given the circumstances surrounding this kind of offence and the objective of curbing property-related crimes, Parliament could have imposed simply an evidential burden on the accused to introduce some evidence raising a reasonable doubt as to his guilt. Second, the effects which result from imposing a persuasive burden on the accused in connection with a criminal offence making unlawful the possession of even the most innocuous of tools are too deleterious. Section 309(1) leaves open the possibility that innocent persons will be jailed.

Finally, the fact that s. 309(1) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter* does not necessarily lead to the conclusion that the whole of s. 309(1) is void. The excision of the words "the proof of which lies upon him" from the provision would eliminate the possibility of the conviction of an accused who had a lawful excuse for his actions but could not prove that excuse on a balance of probabilities.

Cases Cited

By McIntyre J.

Referred to: *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

savoir «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe», impose à l'accusé un fardeau de persuasion l'obligeant à démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'une excuse lorsqu'il admet l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons, mais invoque une justification pour ses actes, telle la contrainte ou l'autorisation de la loi.

Le paragraphe 309(1) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte*. Toutefois, strictement parlant, ce paragraphe ne constitue pas une «inversion de la charge de la preuve» car il ne présume pas un élément essentiel de l'infraction; toutefois, comme il exige que l'accusé prouve certaines défenses suivant la prépondérance des probabilités, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Tout fardeau incombant à un accusé qui a pour effet d'imposer une déclaration de culpabilité malgré la présence d'un doute raisonnable enfreint l'al. 11d).

Le paragraphe 309(1) du *Code* ne peut être justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe ne satisfait pas au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Premièrement, le par. 309(1) ne porte pas atteinte «le moins possible» au droit ou à la liberté que garantit l'al. 11d) de la *Charte*. Compte tenu des circonstances entourant ce genre d'infraction et de l'objectif de la répression des crimes contre les biens, le législateur aurait pu imposer simplement à l'accusé un fardeau de présentation d'éléments de preuve soulevant un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Deuxièmement, les effets qui résultent de l'imposition à l'accusé du fardeau de persuasion relativement à une infraction criminelle rendant illégale la possession de l'outil le plus inoffensif est trop néfaste. Le paragraphe 309(1) rend possible l'emprisonnement de personnes innocentes.

Finalement, le fait que le par. 309(1) du *Code* ne peut être justifié aux termes de l'article premier de la *Charte* n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'ensemble de ce paragraphe. La suppression des termes «dont la preuve lui incombe» de la disposition éliminerait la possibilité de condamner un accusé qui a une excuse légitime pour ses actes, mais qui ne peut la prouver suivant la prépondérance des probabilités.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

By Dickson C.J.

Considered: *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589; **referred to:** *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359; *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233; *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325; *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505; *R. v. Kernychne*, Ont. C.A., March 17, 1965, unreported; *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391; *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230; *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106; *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 295.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7(3), 17 [am. 1974-75-76, c. 105, s. 29], 241(1), 309(1) [rep. & subs. 1972, c. 13, s. 25], 577(3).
Criminal Law Amendment Act, S.C. 1985, c. 19, s. 49.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Criminal Intrusion* (Working Paper No. 48). Ottawa: 1986.
 Canada. Statistics Canada, Canadian Centre for Justice Statistics. *Canadian Crime Statistics 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 41 O.R. (2d) 250, 145 D.L.R. (3d) 689, 4 C.C.C. (3d) 440, 4 C.C.R. 222, 32 C.R. (3d) 322, allowing an appeal from a judgment of Clements Co. Ct. J. (1982), 38 O.R. (2d) 290, 138 D.L.R. (3d) 657, 69 C.C.C. (2d) 122, 2 C.R.R. 275, quashing an indictment charging the accused with possession of instruments suitable for house-breaking. Appeal dismissed.

C. Jane Arnup, for the appellant.

John Pearson, for the respondent.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt examiné: *Tupper v. The Queen*, [1967] R.C.S. 589; **arrêts mentionnés:** *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175; *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359; *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233; *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325; *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505; *R. v. Kernychne*, C.A. Ont., 17 mars 1965, inédit; *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391; *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230; *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106; *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d).
Code criminel, S.C. 1953-1954, chap. 51, art. 295.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(3), 17 [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 29], 241(1), 309(1) [abr. & rempl. 1972, chap. 13, art. 25], 577(3).
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, chap. 19, art. 49.

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *L'intrusion criminelle* (Document de travail n° 48). Ottawa: 1986.
 Canada. Statistiques Canada, Centre canadien de la statistique juridique. *Statistique de la criminalité du Canada, 1985*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1986.
 Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 41 O.R. (2d) 250, 145 D.L.R. (3d) 689, 4 C.C.C. (3d) 440, 4 C.C.R. 222, 32 C.R. (3d) 322, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Clements de la Cour de comté (1982), 38 O.R. (2d) 290, 138 D.L.R. (3d) 657, 69 C.C.C. (2d) 122, 2 C.R.R. 275, qui avait annulé l'acte d'accusation inculpant l'accusé de possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maison. Pourvoi rejeté.

C. Jane Arnup, pour l'appellant.

John Pearson, pour l'intimée.

G. H. McCracken, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Paul Monty and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The reasons of Dickson C.J. and Lamer J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant, Murray Ross Holmes, was charged with unlawful possession of house-breaking instruments. Section 309(1) of the *Criminal Code* provides that a person who, without lawful excuse, is found in possession of an instrument suitable for house-breaking, in circumstances which give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, is guilty of an indictable offence. This appeal concerns the constitutionality of s. 309(1). The appellant Mr. Holmes argues that s. 309(1) violates the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown submits that s. 309(1) at no time requires an accused to disprove guilt in a manner which violates s. 11(d) of the *Charter*.

I

Statutory and Constitutional Provisions

Before reviewing the factual and procedural history of this appeal, I will set out the relevant statutory and constitutional provisions.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by S.C. 1972, c. 13, s. 25):

309.(1) Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

G. H. McCracken, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Paul Monty et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendus par

LE JUGE EN CHEF—L'appellant, Murray Ross Holmes, a été accusé de possession illégale d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons. Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* prévoit que quiconque, sans excuse légitime, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but, est coupable d'un acte criminel. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité du par. 309(1). L'appellant, M. Holmes, soutient que le par. 309(1) porte atteinte à la présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public soutient que le par. 309(1) n'exige nullement que l'accusé démontre son innocence d'une manière qui enfreigne l'al. 11d) de la *Charte*.

I

Dispositions législatives et constitutionnelles

Avant d'examiner les faits et la procédure relatifs au présent pourvoi, il convient de citer les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par S.C. 1972, chap. 13, art. 25):

309.(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé pour servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts.

Canadian Charter of Rights and Freedoms:

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

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

II

Facts

As stated, Murray Ross Holmes was charged that he unlawfully had in his possession instruments suitable for house-breaking to wit: a pair of vice grips and a pair of pliers under circumstances that gave rise to a reasonable inference that the said instruments were intended to be used for house-breaking, contrary to s. 309(1) of the *Criminal Code*. Prior to entering a plea, counsel for Holmes moved to quash the indictment. Clements Co. Ct. J. granted the motion: (1982), 38 O.R. (2d) 290.

On appeal, the Ontario Court of Appeal set aside the order of Clements Co. Ct. J., and directed that the indictment be prosecuted in the ordinary way: (1983), 41 O.R. (2d) 250.

III

Judgments

Clements Co. Ct. J. quashed the indictment on the ground that s. 309(1) of the *Code* was inconsistent with the presumption of innocence and s. 11(d) of the *Charter*. In his view, because it requires the Crown only to prove circumstances which give rise to "a" reasonable inference of guilty intent, s. 309(1) of the *Code* places an onus on the accused to adduce evidence of an alternative, and equally compelling, reasonable inference of innocent intent; that runs counter to the pre-

Charte canadienne des droits et libertés:

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

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

II

Les faits

Comme je l'ai mentionné, Murray Ross Holmes a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession des instruments pouvant servir aux effractions, c'est-à-dire, une pince-étau et une pince, dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que ces instruments étaient destinés à être utilisés pour servir aux effractions de maisons, en contravention du par. 309(1) du *Code criminel*. Avant d'enregistrer un plaidoyer, l'avocat de Holmes a demandé l'annulation de l'acte d'accusation. Le juge Clements de la Cour de comté a fait droit à la requête: (1982), 38 O.R. (2d) 290.

En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé l'ordonnance du juge Clements et a ordonné que la procédure sur acte d'accusation suive son cours ordinaire: (1983), 41 O.R. (2d) 250.

III

Jugements

Le juge Clements a annulé l'acte d'accusation pour le motif que le par. 309(1) du *Code* était incompatible avec la présomption d'innocence et avec l'al. 11d) de la *Charte*. À son avis, parce qu'il oblige seulement le ministère public à démontrer des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure qu'il y a «une» intention coupable, le par. 309(1) du *Code* impose à l'accusé le fardeau de démontrer d'autres circonstances également irrésistibles qui donnent raisonnablement lieu

sumption of innocence entrenched in s. 11(d) of the *Charter*.

In a unanimous judgment, Lacourcière J.A. (Weatherston and Cory J.J.A. concurring), of the Ontario Court of Appeal held that s. 309(1) does not constitute a "reverse onus" clause and thus is not inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*. In interpreting s. 309(1), he relied on the following statement by Martin J.A. in *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (Ont. C.A.), at pp. 179-80:

As will be gathered from what I have already said, it was incumbent upon the Crown to prove: (a) possession by the accused of the instruments specified in the indictment; (b) that they were suitable for the purpose of housebreaking, safe-breaking or vault-breaking; (c) that such instruments were found under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instruments were intended to be used for housebreaking, safe-breaking or vault-breaking. It was only after those elements were proved that the accused were required to discharge the burden of proving a lawful excuse for the possession of such instruments on a balance of probabilities: see *Tupper v. The Queen*, [1967] 1 C.C.C. 253, 63 D.L.R. (2d) 289, [1967] S.C.R. 589.

As for the reference in s. 309(1) to "without lawful excuse, the proof of which lies upon him", Lacourcière J.A. stated the following (at p. 258):

The burden of adducing evidence of lawful excuse is not meant to apply to any of the inside requirements if I may extend the expression of Chief Justice Laskin [in *Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385, at p. 388], i.e., the three essential ingredients previously mentioned, but only to an extraneous excuse such as "I was insane", "I was under compulsion by threats", "I was drunk", "I was under automatism", etc. These are clearly extraneous excuses. On the other hand, if the explanation is "I am a plumber" or a tradesman who uses tools suitable for house-breaking, the excuse may not have the same extraneous quality. It is nevertheless an excuse within the meaning of the section which requires proof by a preponderance of evidence. The reason for this is that it is based on the admission that although circumstances existed that, even if objectively viewed, gave rise to the requisite reasonable inference, such inference

de conclure à un dessein innocent; cette démarche est contraire à la présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11d) de la *Charte*.

a Dans un arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Lacourcière (au motif duquel les juges Weatherston et Cory ont souscrit) a conclu que le par. 309(1) n'effectue pas d'inversion de la charge de la preuve et par conséquent est compatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. En interprétant le par. 309(1), il s'est fondé sur la déclaration suivante du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (C.A. Ont.), aux pp. 179 et 180:

c [TRADUCTION] Comme il ressort de ce que j'ai déjà dit, il incombait au ministère public de démontrer: a) la possession par l'accusé des instruments précisés dans l'acte d'accusation; b) qu'ils pouvaient servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts; d c) que ces instruments ont été trouvés dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure qu'ils étaient destinés à être utilisés dans un tel but. Ce n'est qu'après que ces éléments ont été démontrés qu'il incombait à l'accusé de démontrer l'existence d'une e excuse légitime pour la possession de ces instruments suivant la prépondérance des probabilités: voir *Tupper v. The Queen*, [1967] 1 C.C.C. 253, 63 D.L.R. (2d) 289, [1967] R.C.S. 589.

f En ce qui a trait à la mention dans le par. 309(1) de l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe», voici ce qu'a dit le juge Lacourcière (à la p. 258):

[TRADUCTION] Le fardeau de démontrer l'existence d'une excuse légitime n'est pas destiné à s'appliquer aux exigences internes si je peux élargir l'expression du juge en chef Laskin [dans l'arrêt *Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385, à la p. 388], c.-à-d. les trois éléments essentiels mentionnés précédemment, mais seulement à une excuse extrinsèque telle que «je n'étais pas sain d'esprit», «j'ai agi sous la menace», «j'étais en état d'ébriété», «j'ai agi par automatisme», etc. Ce sont clairement des excuses extrinsèques. Par ailleurs, si l'explication est la suivante: «je suis plombier» ou artisan et h i j'utilise des outils pouvant servir à pénétrer par effraction dans une maison, il est possible que l'excuse n'ait pas la même qualité extrinsèque. Il s'agit néanmoins d'une excuse au sens de l'article qui exige une preuve par prépondérance de preuve. Cette situation s'explique j parce qu'elle est fondée sur la reconnaissance que, bien qu'il y ait des circonstances qui, même considérées de manière objective, donnaient lieu à la conclusion raison-

ought not in fact to be drawn in the circumstances because of the explanation.

Lacourcière J.A. concluded by stating (at p. 256):

Section 309(1) does not raise any presumption or create any reverse onus in the true sense. The Crown must establish the three mentioned essential ingredients by proof beyond a reasonable doubt. Only then can the evidentiary onus be shifted to the accused to provide, on a balance of probabilities, a lawful excuse. The section does not require that the Crown prove an intent to use the instruments for house-breaking. If, however, the third requirement of circumstances, etc., is said to create a presumption of house-breaking intent, I would be prepared to say that such intent is rationally connected to the facts required to be proved and meets the test enunciated in *R. v. Oakes* [(1983), 145 D.L.R. (3d) 123 (Ont. C.A.)].

Seeing the quashing of the indictment as tantamount to an acquittal based on an error of law, Lacourcière J.A. allowed the appeal, set aside the order of Clements Co. Ct. J. and directed that the prosecution of the indictment continue.

IV

The Issues

The constitutional questions in this appeal were stated as follows:

1. Is section 309(1) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is s. 309(1) of the *Criminal Code* of Canada justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The Attorneys General of Canada, Quebec and Saskatchewan intervened in the appeal in support of the Crown respondent.

The above questions call for three separate lines of inquiry. First, meaning must be given to s. 309(1) of the *Criminal Code*. This Court must give precise content to the provision in light of its

nable requisite, on ne devrait pas, en fait, tirer une telle conclusion dans les circonstances à cause de l'explication.

Le juge Lacourcière a conclu en disant (à la p. 256):

[TRADUCTION] Le paragraphe 309(1) ne soulève pas de présomption ni ne crée d'inversion de la charge de la preuve dans un sens véritable. Le ministère public doit démontrer hors de tout doute raisonnable les trois éléments essentiels mentionnés. C'est seulement à ce moment que la charge de la preuve peut être imposée à l'accusé qui doit fournir une excuse légitime suivant la prépondérance des probabilités. Le paragraphe n'exige pas que le ministère public démontre l'intention d'utiliser les instruments aux fins d'effractions de maisons. Toutefois, si on dit que la troisième exigence des circonstances, etc., crée une présomption à l'égard de l'intention de commettre une effraction, je serais prêt à dire qu'une telle intention est rationnellement liée aux faits qui doivent être démontrés et satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. v. Oakes* [(1983), 145 D.L.R. (3d) 123 (C.A. Ont.)]

Considérant que l'annulation de l'acte d'accusation équivalait à un acquittement fondé sur une erreur de droit, le juge Lacourcière a accueilli l'appel, annulé l'ordonnance du juge Clements et ordonné la poursuite des procédures par acte d'accusation.

IV

Les questions en litige

Les questions constitutionnelles posées dans le présent pourvoi ont été énoncées de la manière suivante:

1. Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, le par. 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il justifié compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les procureurs généraux du Canada, du Québec et de la Saskatchewan sont intervenus dans le pourvoi à l'appui du ministère public intimé.

Pour répondre à ces questions, il faut les examiner sous trois angles. Premièrement, il faut définir le sens du par. 309(1) du *Code criminel*. Cette Cour doit donner un contenu précis à la disposition

legislative and jurisprudential history. A host of conflicting interpretations has been offered by the parties and interveners to this appeal. Secondly, the implications of s. 11(d) of the *Charter* in relation to the provision on its true construction must be addressed. Thirdly, assuming the answer to the first constitutional question to be in the affirmative, the effect of s. 1 of the *Charter* must be analyzed.

V

Section 309(1) of the *Criminal Code*

Counsel for the appellant submits that s. 309(1) is a "reverse onus" provision and contravenes s. 11(d) of the *Charter*. She argues that s. 309(1) permits the Crown to rely on evidence equally consistent with a reasonable and innocent explanation, because the section requires the Crown to prove only that one inference is that the accused intended to use the instruments for burglary purposes. This appears to follow *Clements Co. Ct. J.*'s line of reasoning and arguably leads to the conclusion that the section has the effect of lowering the standard of proof required of the Crown below that of a reasonable doubt, since evidence consistent with both guilty intent and innocent intent would not constitute proof beyond reasonable doubt. With respect to the phrase "without lawful excuse", counsel for the appellant submits that it reinforces the conclusion that the accused bears the burden of proving innocent intent on a balance of probabilities.

The respondent Crown's primary submission is that s. 309(1) does not create a reverse onus at all. In its view, a reverse onus exists when an accused is required to disprove on a balance of probabilities the existence of an essential element of an offence. In its supplementary factum, it submits that the purpose or intention of the accused in possessing the instruments in question is not an essential element of the offence. Adopting the submissions of the Attorney General of Quebec on this point, the Crown argues that s. 309(1) does not require

compte tenu de son histoire législative et jurisprudentielle. Les parties et les intervenants ont présenté tout un éventail d'interprétations contradictoires. Deuxièmement, il faut examiner les effets de l'al. 11d) de la *Charte* sur la disposition compte tenu de son interprétation véritable. Troisièmement, si l'on présume que la première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, il faudra alors analyser l'effet de l'article premier de la *Charte*.

V

Le paragraphe 309(1) du *Code criminel*

L'avocate de l'appellant soutient que le par. 309(1) entraîne une «inversion de la charge de la preuve» et enfreint l'al. 11d) de la *Charte*. Elle soutient que le par. 309(1) permet au ministère public de se fonder sur des éléments de preuve qui sont également compatibles avec une explication raisonnable et innocente, parce qu'il suffit, selon l'article, que le ministère public démontre qu'une conclusion est que l'accusé avait l'intention d'utiliser les instruments pour cambrioler. Cela paraît suivre le raisonnement du juge *Clements* et pourrait mener à la conclusion que l'article a pour effet de réduire la norme de preuve exigée du ministère public en deçà de celle du doute raisonnable parce que les éléments de preuve compatibles à la fois avec l'intention coupable et l'intention innocente ne constitueraient pas une preuve hors de tout doute raisonnable. Pour ce qui est de l'expression «sans excuse légitime», l'avocate de l'appellant soutient que celle-ci raffermit la conclusion selon laquelle il incombe à l'accusé de démontrer une intention innocente suivant la prépondérance des probabilités.

Le principal argument du ministère public intimé porte que le par. 309(1) ne crée absolument pas d'inversion de la charge de la preuve. À son avis, une telle inversion existe lorsque l'accusé est tenu de réfuter suivant la prépondérance des probabilités l'existence d'un élément essentiel d'une infraction. Dans son mémoire supplémentaire, il soutient que le but ou l'intention de l'accusé en ce qui a trait à la possession des instruments en question ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction. En faisant sien les arguments du pro-

an accused to disprove any of the three essential elements of the offence as outlined by Martin J.A. in *R. v. Kozak and Moore*, *supra*, on a balance of probabilities. As such, s. 309(1) does not constitute a reverse onus clause. In the alternative, the Crown submits that if the intention of an accused is an essential element of the offence, any burden placed on the accused merely is an evidential one. That is, s. 309(1)'s reference to "a reasonable inference" simply describes "the general process by which an inference of intent is to be drawn"; the question is essentially the same as in all criminal offences: did the accused actually have the intent to use the instruments for house-breaking? The burden of proving intent, in this alternative submission, remains on the Crown throughout the trial. With respect to the phrase "without lawful excuse", the Crown submits that it is an anachronism carried forward to the present from early English legislation. It submits that the clause may be superfluous as it creates no defence that is not already available. The interveners, the Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Saskatchewan, make similar submissions.

After careful consideration, I am of the view that intention is an essential element of the offence and that the section does not require an accused to disprove guilty intent on a balance of probabilities. The burden of proving intention to use the instrument for house-breaking rests on the Crown. The reference to "circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument ... was intended to be used for house-breaking" permits, but does not require, the jury to draw an inference of guilty intent from suspicious circumstances. If the jury is convinced beyond a reasonable doubt that the accused actually intended to engage in an unlawful act, that inference ought to be drawn. On the other hand, I am also of the view that the opening words of s. 309(1), namely, "without lawful excuse, the proof of which lies upon him",

cureur général du Québec à cet égard, le ministère public soutient que le par. 309(1) n'exige pas que l'accusé réfute suivant la prépondérance des probabilités l'un des trois éléments essentiels de l'infraction énumérés par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Kozak and Moore*, précité. Comme tel, le par. 309(1) n'effectue pas une inversion de la charge de la preuve. Subsidiairement, le ministère public soutient que si l'intention d'un accusé constitue un élément essentiel de l'infraction, le fardeau qui lui incomberait est simplement la charge de présentation. Ainsi, l'utilisation de l'expression «raisonnablement lieu de conclure» au par. 309(1) décrit simplement [TRADUCTION] «le processus général en vertu duquel il faut déduire l'intention»; la question est essentiellement la même que dans toutes les infractions criminelles: l'accusé avait-il réellement l'intention de se servir des instruments à des fins d'effractions de maisons? Le fardeau de démontrer l'intention, selon cet argument subsidiaire, incombe au ministère public pendant tout le procès. Pour ce qui est de l'expression «sans excuse légitime», le ministère public soutient qu'il s'agit d'un anachronisme ayant pour origine une ancienne disposition législative anglaise. Il soutient que la disposition est peut-être superflue car elle ne crée aucun moyen de défense qui n'existe pas déjà. Les intervenants, le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général de la Saskatchewan, ont présenté des arguments semblables.

Après un examen soigneux de la question, j'arrive à la conclusion que l'intention est un élément essentiel de l'infraction et que l'article n'exige pas qu'un accusé réfute l'intention coupable suivant la prépondérance des probabilités. Il incombe au ministère public de démontrer l'intention d'utiliser l'instrument à des fins d'effractions de maisons. La mention des «circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument [...] a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons» permet, mais sans l'exiger, au jury de déduire l'intention coupable de circonstances louches. Si le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a réellement eu l'intention de perpétrer un acte illégal, il doit arriver à cette conclusion. Par ailleurs, je suis également d'avis que l'expression utilisée au par.

place a persuasive burden on the accused to establish on a balance of probabilities an excuse in circumstances where he or she seeks to justify his or her actions despite an intention to use an instrument for house-breaking purposes. Such would be the case where an accused seeks an acquittal due to duress or authorization by law. I reach this conclusion in light of this Court's reasoning in *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589, and s. 309(1)'s legislative history.

In *Tupper v. The Queen*, this Court had occasion to address s. 295(1) of the *Code*, the predecessor of s. 309(1). Section 295(1) provided the following:

295.(1) Every one who without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

The facts in *Tupper* were that early one morning police stopped a car in which Tupper was a passenger. Various screwdrivers, a flashlight, a crowbar, two nylon stockings and numerous items of clothing were found in the vehicle. Upon appeal to this Court, Tupper submitted that the Crown must prove some event, overt action or declaration to identify the tools with a specific unlawful purpose before the onus is cast on the accused to provide an explanation. Tupper relied on the following line of jurisprudence: *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359 (Nfld. C.A.); *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233 (Alta. C.A.); and *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325 (Sask. C.A.) A conflicting line of authority was reflected in such cases as *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505 (C.A.); *R. v. Kernychne*, Ont. C.A., March 17, 1965, unreported; *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391 (Ont. C.A.); *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230 (B.C.C.A.)

Judson J., for the majority of the Court in *Tupper*, dismissed the appellant's argument and, at p. 593, stated the following:

309(1), savoir «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe», impose à l'accusé un fardeau de persuasion l'obligeant à démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'une excuse lorsqu'il cherche à justifier ses actes malgré son intention de se servir d'un instrument aux fins d'effractions de maisons. Ce serait le cas lorsqu'un accusé cherche à obtenir un acquittement en raison d'une contrainte ou d'une autorisation de la loi. J'arrive à cette conclusion compte tenu du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Tupper v. The Queen*, [1967] R.C.S. 589, et de l'histoire législative du par. 309(1).

Dans l'arrêt *Tupper v. The Queen*, cette Cour a eu l'occasion d'examiner le par. 295(1) du *Code*, le prédécesseur du par. 309(1) dont voici le texte:

295.(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts.

Les faits dans l'arrêt *Tupper* étaient les suivants: tôt un matin, un policier a arrêté une voiture dans laquelle Tupper était un passager. Il s'y trouvait divers tournevis, une lampe de poche, un pied-de-biche, deux bas de nylon et de nombreux vêtements. Au pourvoi devant cette Cour, Tupper a soutenu que le ministère public devait d'abord démontrer un événement, une action déclarée ou une déclaration pour identifier les outils avec un but illégal précis avant qu'il n'incombe à l'accusé de fournir une explication. Tupper s'était fondé sur le courant jurisprudentiel suivant: *R. v. Smith* (1957), 27 C.R. 359 (C.A.T.-N.), *R. v. Haire* (1958), 29 C.R. 233 (C.A. Alb.), et *R. v. McRae* (1967), 50 C.R. 325 (C.A. Sask.) Certains autres arrêts représentaient un courant jurisprudentiel contraire: *R. v. Gilson*, [1965] 2 O.R. 505 (C.A.); *R. v. Kernychne*, C.A. Ont., 17 mars 1965, inédit, *R. v. Singleton* (1956), 115 C.C.C. 391 (C.A. Ont.), *R. v. Jones* (1960), 128 C.C.C. 230 (C.A.C.-B.)

Le juge Judson, au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Tupper*, a rejeté l'argument de l'appellant et, à la p. 593, a dit:

Once possession of an instrument capable of being used for housebreaking has been shown, the burden shifts to the accused to show on a balance of probabilities that there was lawful excuse for possession of the instrument at the time and place in question.

Hall J. wrote a separate judgment concurring in the result, but expressed concern over the breadth of the prohibition. At page 594, he stated:

Whether Parliament intended it or not, s. 295(1), as it reads, permits of no other interpretation. It puts the possessor of many necessary tools of trade, automobile accessories and tools and hundreds of similar instruments used and carried daily for routine purposes which might be capable of being used for house-breaking in the position that merely from being in possession under the most innocent circumstances, he can be brought into court and put to the proof that he has a lawful excuse for having a screwdriver, a flashlight or some other such household tool or instrument in his car, boat, tool kit or on his person at any given time or place which includes his home. It can be argued and readily accepted that this may not happen frequently, but it can and may happen if Parliament really intended what the section says when, without any qualification as to time or circumstance, it put the burden of proof on the person in whose possession any such item may be found.

The interpretation which the wording of the section compels should, I think, be drawn to Parliament's attention.

Tupper, then, stands for the proposition that the provision, as it was then worded, did not require the Crown to prove beyond reasonable doubt that the accused actually intended to use the instruments for house-breaking purposes. All it needed to show was possession of an instrument capable of being used for house-breaking; once that was shown, the onus fell upon the accused to persuade the jury that he or she had a lawful excuse for possessing the instrument in question. *Tupper* has since been affirmed by this Court in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, and the same conclusion has been reached with respect to similar legislation in

[TRANSDUCTION] Une fois démontrée la possession d'un instrument pouvant servir aux effractions, le fardeau de la preuve retombe sur le prévenu qui doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait une excuse légitime d'avoir l'instrument en sa possession au moment et à l'endroit en question.

Le juge Hall a rédigé des motifs distincts concordants quant au résultat, mais a exprimé des inquiétudes à l'égard de la portée de l'interdiction. À la page 594 il a dit:

[TRANSDUCTION] Que le législateur ait eu l'intention de le faire ou non, le texte du par. 295(1) ne permet pas d'autre interprétation. Il place la personne qui possède de nombreux outils de travail, des accessoires et des outils relatifs à l'automobile et des centaines d'instruments semblables utilisés et transportés chaque jour à des fins ordinaires qui seraient susceptibles d'être utilisés à des fins d'effractions de maisons, dans la situation où le simple fait d'en être en possession dans les circonstances les plus innocentes, peut faire en sorte que cette personne soit poursuivie. En outre elle peut être tenue de démontrer qu'elle a une excuse légitime pour avoir un tournevis, une lampe de poche ou tout autre outil ou instrument à usage domestique dans sa voiture, son bateau, sa trousse à outils ou sur elle-même à un moment ou à un endroit donné, y compris sa maison. On peut soutenir et admettre facilement que cette situation ne se présentera pas fréquemment, mais elle peut se présenter si le législateur voulait vraiment ce que prévoit l'article lorsque, sans préciser le moment ou les circonstances, il impose la charge de la preuve à la personne qui est en possession des objets qui peuvent être trouvés.

À mon avis, il convient d'attirer l'attention du législateur sur l'interprétation qui découle du texte de l'article.

L'arrêt *Tupper* appuie donc l'argument selon lequel la disposition, dans sa formulation d'alors, n'exigeait pas que le ministère public démontre hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait réellement eu l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effraction de maisons. Tout ce qu'il devait démontrer, c'était la possession d'un instrument susceptible d'être utilisé à une telle fin; une fois que cette preuve était faite, il incombait à l'accusé de persuader le jury qu'il avait une excuse légitime pour avoir en sa possession l'instrument en question. Depuis lors, l'arrêt *Tupper* a été confirmé par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Appleby*,

England. See *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106.

It should be noted that s. 295(1) did not relieve the Crown of its obligation to prove beyond a reasonable doubt the essential elements of the offence as it was then worded: namely, possession by the accused of the instruments specified in the indictment, and that those instruments were suitable for the purpose of house-breaking. Once these elements were established beyond a reasonable doubt, however, the accused bore the burden of proving "lawful excuse" on a balance of probabilities. A "lawful excuse" thus does not refer to, or tend to disprove, an element of an offence; rather, it refers to "matters which stand outside the requirements which must be met" (*Taraschuk v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 385, at p. 388). Since an intention to use the instruments for an unlawful purpose was not an element of the offence as it was then worded, an accused was required to disprove such an intention on a balance of probabilities. Section 295(1), however, placed a similar, persuasive burden on an accused who admitted committing the offence and an intention to use the instruments for house-breaking purposes but who sought exculpation, for example, on grounds of duress or authorization by law. Such defences equally stood "outside the requirements which [had to be] met". As such, they had to be established on a balance of probabilities.

In 1972, perhaps in response to Hall J.'s concurring judgment, Parliament amended s. 309 (S.C. 1972, c. 13), which, for ease of reference, I repeat:

309.(1) Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years. [Emphasis added.]

[1972] R.C.S. 303, et la même conclusion a été retenue en Angleterre en ce qui a trait à une disposition législative semblable. Voir *R. v. Patterson* (1961), 46 Cr. App. R. 106.

Il convient de souligner que le par. 295(1) ne dégageait pas le ministère public de son obligation de démontrer hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels de l'infraction telle qu'elle était alors définie: c'est-à-dire, la possession par l'accusé d'instruments précisés dans l'acte d'accusation et que ces instruments pouvaient servir aux effractions de maisons. Toutefois, lorsque ces éléments étaient démontrés hors de tout doute raisonnable, il incombait à l'accusé de démontrer qu'il avait une «excuse légitime» suivant la prépondérance des probabilités. Par conséquent, une «excuse légitime» ne vise pas et ne tend pas à réfuter un élément de l'infraction; il s'agit plutôt d'un facteur qui se situe à l'extérieur des exigences à rencontrer» (*Taraschuk c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 385, à la p. 388). Étant donné que l'intention d'utiliser les instruments à une fin illégale ne constituait pas un élément de l'infraction dans sa formulation d'alors, l'accusé était tenu de réfuter une telle intention suivant la prépondérance des probabilités. Toutefois, le par. 295(1) imposait un fardeau de persuasion semblable à l'accusé qui admettait avoir commis une infraction et avoir l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons, mais qui cherchait à se disculper, par exemple, en se fondant sur la contrainte ou sur une autorisation de la loi. De tels moyens de défense se situaient également «à l'extérieur des exigences à rencontrer». Comme tel, ils devaient être établis suivant la prépondérance des probabilités.

En 1972, sans doute en réaction aux motifs du juge Hall, le législateur a modifié l'art. 309 (S.C. 1972, chap. 13) que je répète pour plus de commodité:

309.(1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts. [Je souligne.]

The effect of this amendment was to make an intention to use the instruments an essential component of the offence. The Crown must prove not only possession of the instruments specified in the indictment and that they were suitable for house-breaking purposes beyond a reasonable doubt, but also "circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for house-breaking". The jury must ask itself whether, given the circumstances, it is reasonable to conclude that the accused intended to, or did, use the instruments for house-breaking purposes. Such an inference, in the context of a criminal charge, can only be reasonable where the jury is convinced beyond a reasonable doubt that the accused actually intended to, or did, use the instruments for the purpose of house-breaking: *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860.

The 1972 amendment thus had the effect of displacing *Tupper* to the extent that *Tupper* placed a persuasive burden on the accused to establish a lack of intention to use the instruments for house-breaking purposes. Any burden on the accused with respect to such a defence is purely an evidential one: in the absence of any evidence to the contrary, the Crown's case may be sufficiently strong to support a finding that the accused possessed the requisite intent beyond a reasonable doubt. Upon the presentation of such circumstantial evidence by the Crown, the accused is placed in the position of being well-advised to adduce evidence which would have the effect of raising a reasonable doubt that he or she intended to use the instruments for house-breaking purposes. No longer is he or she obliged to persuade the jury of a lack of such an intention on a balance of probabilities, as was the case prior to 1972. If the jury entertains a reasonable doubt as to the accused's intention, it should not draw the inference of guilty intent from the circumstances and should enter a verdict of not guilty.

Cette modification a eu pour effet de faire de l'intention d'utiliser les instruments un élément essentiel de l'infraction. Le ministère public doit non seulement démontrer la possession des instruments précisés dans l'acte d'accusation et la possibilité, hors de tout doute raisonnable, qu'ils puissent servir aux effractions de maisons, mais également les «circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé, pour servir aux effractions de maisons». Le jury doit se demander si, compte tenu des circonstances, il est raisonnable de conclure que l'accusé avait l'intention d'utiliser ou a effectivement utilisé les instruments à ces fins. Une telle conclusion, dans le contexte d'une accusation criminelle, peut seulement être raisonnable lorsque le jury est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait réellement eu l'intention d'utiliser ou a effectivement utilisé les instruments à des fins d'effractions de maisons: *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860.

La modification de 1972 a donc eu pour effet d'écarter l'arrêt *Tupper* dans la mesure où cet arrêt avait imposé à l'accusé le fardeau de persuasion pour démontrer qu'il n'avait pas l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons. Tout fardeau qui incombe à l'accusé vis-à-vis d'un tel moyen de défense est purement un fardeau de présentation: en l'absence de toute preuve contraire, la preuve à charge peut être suffisamment convaincante pour appuyer la conclusion que l'accusé avait l'intention requise hors de tout doute raisonnable. Lorsque le ministère public présente une telle preuve circonstancielle, l'accusé se trouve dans la position où il serait préférable pour lui de présenter des éléments de preuve qui auraient pour effet de soulever un doute raisonnable en ce qui a trait à son intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons. Il n'est désormais plus obligé de persuader le jury de l'absence d'une telle intention suivant la prépondérance des probabilités, comme c'était le cas avant 1972. Si le jury a un doute raisonnable quant à l'intention de l'accusé, il ne devrait pas déduire l'intention coupable des circonstances et devrait rendre un verdict de non-culpabilité.

But, while the effect of the amendment was to displace the rule in *Tupper* with respect to defences or excuses which have the effect of negating the inference that the accused intended to use the instruments for house-breaking purposes, s. 309(1) continues to cast a persuasive burden on the accused in circumstances where he or she admits that intention but claims a justification for his or her actions, such as duress or authorization by law. In other words, in circumstances where an accused seeks to raise a defence absolving him or her of liability despite proof of *actus reus* and *mens rea* beyond a reasonable doubt, s. 309(1), like its predecessor, still requires the accused to establish such a defence on a balance of probabilities. In such circumstances, the persuasive burden on the accused remains.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, McIntyre J. With the greatest respect, I do not agree with his conclusion that the phrase "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" is limited to the lawful excuse of innocent intention. Nor do I agree that the entire phrase was rendered superfluous by the 1972 amendment to s. 309(1).

"Lawful excuse" is a very general term. It normally includes all of the defences which the common law considers sufficient reason to excuse a person from criminal liability. It can also include excuses specific to particular offences. The word "excuse" is used in this broad meaning in s. 7(3) of the *Criminal Code*, which provides that all common law justifications and excuses continue to be available under the *Code*. This provision has been interpreted to mean that the common law defences are not frozen in time. They can be developed and tailored to fit changes in the law and new offences.

There is no doubt that Parliament can re-define the meaning of "excuse", for example by expanding it to provide new excuses or excuses specific to a particular offence, or by narrowing it to include only certain excuses. The important point is that

Toutefois, bien que les modifications aient eu pour effet d'écarter la règle énoncée dans l'arrêt *Tupper* en ce qui a trait aux moyens de défense ou aux excuses qui permettaient de contrer la conclusion que l'accusé avait l'intention d'utiliser l'instrument à des fins d'effractions de maisons, le par. 309(1) continue d'imposer à l'accusé un fardeau de persuasion lorsqu'il admet cette intention mais invoque une justification pour ses actes, telle la contrainte ou l'autorisation de la loi. En d'autres termes, dans les circonstances où un accusé tente de soulever un moyen de défense dégageant sa responsabilité malgré la preuve d'un *actus reus* et d'une *mens rea* hors de tout doute raisonnable, le par. 309(1), comme son prédécesseur, exige toujours que l'accusé établisse une telle défense suivant la prépondérance des probabilités. Dans ces circonstances, le fardeau de persuasion incombe toujours à l'accusé.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge McIntyre. Avec égards, je ne saurais être d'accord avec sa conclusion que l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» se limite à l'excuse légitime d'intention innocente. Je ne puis non plus dire que la modification apportée en 1972 au par. 309(1) rend toute l'expression superflue.

Les mots «excuse légitime» constituent une expression de nature très générale. Celle-ci comprend normalement tous les moyens de défenses qui, en *common law*, constituent une raison suffisante pour dégager une personne de sa responsabilité criminelle. Elle peut aussi inclure des excuses propres à des infractions particulières. Le mot «excuse» est utilisé dans ce sens large au par. 7(3) du *Code criminel*, selon lequel toutes les justifications ou excuses de la *common law* continuent d'exister en vertu du *Code*. Selon l'interprétation donnée à cette disposition, les défenses de la *common law* ne sont pas figées dans le temps. On peut les créer et les adapter aux changements du droit et aux nouvelles infractions.

Il ne fait aucun doute que le législateur peut redéfinir le sens du mot «excuse», par exemple en l'élargissant pour accorder de nouvelles excuses ou des excuses propres à une infraction particulière, ou en le restreignant pour n'y inclure que certaines

Parliament should give some indication, express or implied, that it has changed the meaning of "excuse" when it uses it in a statute. Otherwise, the word will be understood to have the meaning of "excuse" under the common law and as used by s. 7(3), a broad term that allows for the development of defences in relation to changes in the law and in the context of particular offences. If Parliament does not give some indication that it has assigned a particular meaning to "excuse", the word will be taken to have the same meaning as "excuse" under the common law and in s. 7(3).

With this in mind, I am unable to agree that the words "lawful excuse", which normally include a range of defences, have by their inclusion in s. 309(1) been limited to one meaning and one meaning alone, namely, a defence of innocent purpose. There is nothing in the wording of the section to suggest that Parliament has narrowed the concept, qualified it, or given it a specific meaning. I conclude that the phrase includes all defences which are commonly considered to be lawful excuses. It may well be that the common law of excuses is flexible enough to allow for the development of the specific defence of innocent purpose in answer to a charge under s. 309(1), but I do not agree that the general term can be said to be limited to this defence alone.

A similar point arose in *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, which considered the meaning of a "reasonable excuse" for refusing to supply a breath sample under the impaired driving provisions. Laskin J., as he then was, writing for himself and Hall J., held that the phrase did not include defences that would otherwise be available, and concluded that a denial of the right to counsel under the *Canadian Bill of Rights* was not a reasonable excuse for refusing a breath sample. With respect for Laskin J., I prefer the opinion of Ritchie J., writing for himself, Fauteux C.J. and Martland and Spence JJ., who held that "reasonable excuse" included a denial of the right to counsel. Ritchie J. seems to have understood the phrase "reasonable excuse" to be a general term which could include a variety of excuses, without

excuses. Ce qui est important, c'est que le législateur devrait donner des indications expresses ou implicites du changement qu'il a apporté au sens du mot «excuse» quand il l'utilise dans une loi. Autrement, on interprétera le mot selon le sens d'«excuse» en *common law* et au par. 7(3), soit un terme large qui permet la création de moyens de défense en fonction des changements du droit et dans le contexte d'infractions particulières. Si le législateur n'a pas indiqué qu'il a donné un sens particulier au mot «excuse», on doit lui donner le même sens qu'en vertu de la *common law* et du par. 7(3).

Dans cette optique, je ne saurais convenir que l'inclusion au par. 309(1) des termes «excuse légitime», qui comprennent normalement une série de moyens de défense, les limite à un seul et unique sens, savoir une défense de but innocent. Rien dans le texte de l'article ne laisse entendre que le législateur a restreint le concept, l'a limité ou lui a donné un sens précis. Je conclus que l'expression comprend tous les moyens de défense qui sont habituellement considérés comme des excuses légitimes. Il est bien possible que la *common law* en matière d'excuses soit assez souple pour permettre la création de la défense spéciale de but innocent comme exonération à une accusation portée en vertu du par. 309(1), mais je ne suis pas d'avis qu'on peut interpréter le terme général comme limité à cette seule défense.

Un point semblable est soulevé dans l'arrêt *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, qui examine le sens d'une «excuse raisonnable» de refuser de donner un échantillon d'haleine aux termes des articles relatifs à la conduite avec facultés affaiblies. Le juge Laskin, plus tard Juge en chef, qui écrivait également au nom du juge Hall, a jugé que ces mots ne comprennent pas des défenses qui existeraient par ailleurs et a conclu que la dénégation du droit de consulter un avocat aux termes de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas une excuse raisonnable pour refuser de donner un échantillon d'haleine. En toute déférence pour le juge Laskin, je préfère l'opinion du juge Ritchie, qui écrivait également aux noms du juge en chef Fauteux et des juges Martland et Spence; il a conclu qu'une excuse raisonnable com-

distinctions based on whether an excuse had been generally recognised by the law as an excuse or was specific to the offence in question. (There was no majority on this point since Ritchie and Laskin JJ. agreed in the result, while Abbott, Judson and Pigeon JJ., dissenting, would have held that the accused was not detained and thus had no right to counsel.)

Because I do not agree that the words "lawful excuse" are limited to the defence of innocent purpose, I cannot agree with McIntyre J.'s conclusion that the phrase was rendered superfluous by the 1972 amendment. Since the phrase includes lawful excuses other than that of innocent purpose, it continues to have a meaning. Nor is it simply surplusage. The phrase "the proof of which lies upon him" means that an accused who wishes to raise a defence of lawful excuse must prove it on a balance of probabilities, following the principle set out in *Tupper, supra*, *R. v. Appleby, supra*, and *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525.

Section 309(1) requires the accused to prove a lawful excuse on a balance of probabilities. The question to be answered, therefore, is whether s. 309(1) runs counter to the right to be presumed innocent until proven guilty enshrined in s. 11(d) of the *Charter*.

VI

The Presumption of Innocence and Section 11(d) of the *Charter*

The overarching principle of judicial review under the *Charter* is that the judiciary is entrusted with the duty of ensuring that legislatures do not infringe unjustifiably upon certain fundamental individual and collective interests in the name of the broader common good. Viewed from one perspective, this profound responsibility potentially can be seen as challenging the nature of democratic institutions in Canada, to the extent that those institutions represent the collective voice of the

prend une dénégation du droit de consulter un avocat. Le juge Ritchie semble avoir considéré que les mots «excuse raisonnable» constituent une expression générale qui peut comprendre une série d'excuses, sans distinctions fondées sur le point de savoir si une excuse avait été généralement reconnue en droit à ce titre ou était propre à l'infraction en question. (Il n'y avait pas de majorité sur ce point puisque les juges Ritchie et Laskin en venaient au même résultat alors que les juges Abbott, Judson et Pigeon, dissidents, auraient jugé que l'accusé n'était pas sous garde et qu'il n'avait donc pas le droit de consulter un avocat.)

Puisque je ne saurais convenir que les mots «excuse légitime» sont limités à la défense de but innocent, je ne peux souscrire à la conclusion du juge McIntyre que la modification de 1972 a rendu l'expression superflue. Puisque l'expression inclut des excuses légitimes autres que le but innocent, elle continue d'avoir un sens. Ce n'est pas seulement du remplissage. L'expression «dont la preuve lui incombe» signifie qu'un accusé qui veut soulever la défense d'excuse légitime doit la prouver selon la prépondérance des probabilités, suivant le principe énoncé dans les arrêts *Tupper*, précité, *R. c. Appleby*, précité, et *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525.

Le paragraphe 309(1) exige que l'accusé prouve une excuse légitime selon la prépondérance des probabilités. Par conséquent, il faut déterminer si le par. 309(1) va à l'encontre du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable qui est enchâssé à l'al. 11d) de la *Charte*.

VI

La présomption d'innocence et l'al. 11d) de la *Charte*

Le principe fondamental de l'examen judiciaire aux termes de la *Charte* porte que la magistrature est chargée de veiller à ce que les législateurs ne portent pas atteinte d'une manière injustifiable à certains intérêts individuels et collectifs fondamentaux au nom d'un plus large intérêt commun. Considérée d'un certain point de vue, cette lourde responsabilité peut être interprétée comme contraire à la nature des institutions démocratiques canadiennes, dans la mesure où celles-ci représen-

communities and individuals which comprise Canadian society. Viewed from another perspective, however, in interpreting and giving meaning to constitutional guarantees and determining what constitutes reasonable limits under s. 1 of the *Charter*, the courts are guided by the same principle under both lines of inquiry: namely, that Canadian society is to be free and democratic. The infusion of the spirit of individual and collective democratic aspirations into the process of defining the contours of constitutional guarantees and determining the reasonableness of state-imposed limitations on those guarantees thus ensures that the courts are and will remain allies of Canadian democracy, strengthening any weaknesses of democracy by providing a voice and a remedy for those excluded from equal and effective democratic participation in our society.

The purposes behind the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Charter*, and its relationship to a democratic and free society, have been addressed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 119-20, as follows:

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, per Lamer J.) The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

tent la voix collective des groupes et des individus qui constituent la société canadienne. Toutefois, d'un autre point de vue, en interprétant et en définissant les garanties constitutionnelles et en déterminant ce qui constitue des limites raisonnables aux termes de l'article premier de la *Charte*, la Cour est guidée par le même principe pour les deux champs d'enquête: savoir, que la société canadienne doit être libre et démocratique. L'esprit des aspirations démocratiques individuelles et collectives qui entre dans le processus visant à définir le contour des garanties constitutionnelles et à déterminer si les restrictions que l'État leur impose sont raisonnables, fait donc en sorte que la Cour est et demeurera un allié de la démocratie canadienne, renforçant toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation.

Les buts sous-jacents à la présomption d'innocence enchâssée dans l'al. 11d) de la *Charte* et son rapport avec une société libre et démocratique ont été examinés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 119 et 120, de la manière suivante:

La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la *Charte* (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

Thus, the presumption of innocence is a value deeply embedded in the fabric of Canadian legal history and a manifestation of a social commitment to justice. The right to be presumed innocent until proven guilty when charged with a criminal offence accords the respect and concern due to individuals by virtue of their fundamental rights to life, liberty and security of the person. As such, it is simultaneously a legal articulation of the relationship between the individual and the community and a recognition of the necessity of the rule of law.

Canadian and international authorities on both the presumption of innocence and its relationship to a "reverse onus" clause were canvassed extensively in *Oakes* and it is sufficient to reiterate that, with respect to the former, the minimum content of the right to be presumed innocent until proven guilty is threefold. First, an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt. Secondly, the state bears the burden of proof. Thirdly, criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness (*R. v. Oakes*, at p. 121). With respect to the relationship between the presumption of innocence and a "reverse onus" clause, it was stated at pp. 132-33:

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

At the same time, it ought to be stressed that the presumption of innocence is violated not only

Ainsi, la présomption d'innocence est une valeur profondément enracinée dans la trame de l'histoire juridique canadienne. Il s'agit dès lors de la manifestation d'un engagement social envers la justice et de l'indication d'une sensibilité envers la tyrannie possible de l'État. Le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable de l'infraction criminelle dont on est accusé est conforme au respect et à l'égard dus à chacun en raison de son droit fondamental à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Comme tel, il s'agit en même temps de l'expression juridique d'un rapport entre l'individu et la société et d'une reconnaissance de la nécessité de la primauté du droit.

La jurisprudence et la doctrine canadiennes et internationales sur la présomption d'innocence et son rapport avec une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» ont été examinées de manière approfondie dans l'arrêt *Oakes* et il suffit de rappeler que, quant à la présomption, le contenu minimal du droit d'être présumé innocent tant qu'on n'a pas été déclaré coupable comporte trois volets. Premièrement, la culpabilité doit être établie hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, c'est à l'État qu'incombe la charge de la preuve. Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler de manière conforme aux procédures légales et à l'équité (*R. c. Oakes*, à la p. 121). Quant au rapport entre la présomption d'innocence et une disposition portant «inversion de la charge de la preuve», on lit aux pp. 132 et 133:

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11(d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

En même temps, il faut souligner que la présomption d'innocence n'est pas violée seulement

when an accused is required to disprove an essential element of the offence. The fact that reverse onuses which accomplish this result run counter to s. 11(d) was made clear in *Oakes*. To limit s. 11(d) to determinations whether an element is integral or extraneous to an offence, however, would lose sight of the fact that because of the grave social and personal consequences engendered by a finding of criminal liability, the law requires proof thereof beyond a reasonable doubt. Any burden on an accused which has the effect of dictating a conviction despite the presence of reasonable doubt, whether that burden relates to proof of an essential element of the offence or some element extraneous to the offence but nonetheless essential to verdict, contravenes s. 11(d) of the *Charter*. An accused must not be placed in the position of being required to do more than raise a reasonable doubt as to his or her guilt, regardless of whether that doubt arises from uncertainty as to the sufficiency of Crown evidence supporting the constituent elements of the offence or from uncertainty as to criminal culpability in general.

Again, I must respectfully disagree with McIntyre J., who argues that there is no violation of the presumption of innocence even if the accused is required to prove a lawful excuse. It is not possible to say that the Crown has proved the case beyond a reasonable doubt when it has led all its evidence, nor is it possible to say that the presumption of innocence has been overcome when the Crown finishes presenting its case. The presumption of innocence cannot be rebutted part way through the trial. It continues to apply throughout, up to the final judgment by the trier of fact. The trier of fact can never decide that guilt has been proven beyond a reasonable doubt until it has heard all the evidence in the case. Only then, when all the evidence is in, is the trier of fact permitted to decide whether the presumption of innocence has been overcome and guilt proved beyond a reasonable doubt.

The argument that the Crown can rebut the presumption of innocence simply by presenting a

lorsqu'un accusé est tenu de réfuter un élément essentiel de l'infraction. Le fait que l'inversion de la charge de la preuve qui entraîne ce résultat va à l'encontre de l'al. 11d) a été établi clairement dans l'arrêt *Oakes*. Toutefois, en limitant l'al. 11d) au fait de déterminer si un élément fait partie intégrante d'une infraction ou lui est extrinsèque, on perdrait de vue le fait que, étant donné les graves conséquences sociales et personnelles qui découlent d'une conclusion de responsabilité criminelle, le droit en exige une preuve hors de tout doute raisonnable. Tout fardeau incombant à un accusé dont l'effet est d'imposer une déclaration de culpabilité malgré la présence d'un doute raisonnable, que ce fardeau se rapporte à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction ou à un élément extrinsèque à l'infraction mais néanmoins essentiel au verdict, enfreint l'al. 11d) de la *Charte*. L'accusé ne doit pas être placé dans une position où il est tenu de faire plus que soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, peu importe que ce doute découle d'une incertitude relative à la suffisance de la preuve à charge à l'appui des éléments constitutifs de l'infraction ou d'une incertitude quant à la culpabilité criminelle en général.

Là encore, je dois dire avec égards que je ne suis pas d'accord avec le juge McIntyre qui fait valoir qu'il n'y a pas de violation de la présomption d'innocence même si l'accusé est tenu de prouver une excuse légitime. Il n'est pas possible de dire que la poursuite a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable quand elle a produit toute sa preuve, pas plus qu'il est possible de dire qu'elle a surmonté la présomption d'innocence quand elle clôt sa preuve. La présomption d'innocence ne peut pas être réfutée au milieu du procès. Elle continue de s'appliquer tout le long, jusqu'au jugement définitif du juge des faits. Le juge des faits ne peut jamais décider que la culpabilité a été prouvée hors de tout doute raisonnable jusqu'à ce qu'il ait entendu toute la preuve. C'est seulement lorsque toute la preuve a été présentée que le juge des faits peut décider si la présomption d'innocence a été surmontée et la culpabilité prouvée hors de tout doute raisonnable.

L'argument que la poursuite peut réfuter la présomption d'innocence en présentant simplement

case has a serious consequence, that the accused could be required by law to present defence evidence or face conviction. The common law position has been that the accused is never required to lead evidence. If the Crown presents a case and the defence presents no evidence, the trier of fact may convict but is never required to do so. The fact that a case goes to the trier of fact for consideration does not mean that guilt has been proven; it means only that the Crown has presented enough evidence to require consideration. An acquittal is always possible. But that acquittal would not be available to the accused because the jury would be compelled to convict even though that jury entertained a reasonable doubt as to the use or intended use of those instruments by the accused.

The basic principle of the common law has been that the accused need not prove a defence. Once an accused raises the possibility that a defence exists, whether by pointing to some fact in the Crown evidence or by leading defence evidence, the Crown is required to disprove the defence beyond a reasonable doubt. The common law has not distinguished in this area between defences that challenge the existence of a necessary element of the offence and those defences that admit the *mens rea* and *actus reus* but avoid criminal liability because of circumstances that excuse or justify the conduct. With either type of defence, all that the accused need do is point to some evidence which supports the defence. The Crown is then required to disprove the defence beyond a reasonable doubt. Examples of this principle can be found in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, which held that the Crown must disprove provocation and self-defence, once those defences are raised by the accused; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, which repeated that the onus is on the Crown to disprove provocation; and *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, which held that the Crown must disprove the defence of necessity beyond a reasonable doubt. In light of the common law's approach to the onus of proof in these defences, I think that a requirement that the accused prove defences that excuse his or her

sa preuve a une grave conséquence, soit que l'accusé pourrait être obligé en droit de présenter une preuve en défense ou de faire face à une condamnation. En *common law*, l'accusé n'est jamais obligé de présenter de preuve. Si la poursuite présente sa preuve et que la défense n'en présente pas, le juge des faits peut prononcer une déclaration de culpabilité, mais il n'est jamais obligé de le faire. Le fait que le juge des faits soit saisi de la preuve ne signifie pas que la culpabilité ait été prouvée; cela signifie seulement que la poursuite a présenté assez de preuves pour qu'on doive l'examiner. Un acquittement est toujours possible. Mais l'accusé ne pourrait pas obtenir un acquittement parce que le jury serait obligé de le déclarer coupable même s'il avait un doute raisonnable relativement à l'utilisation réelle ou possible de ces instruments par l'accusé.

Selon le principe fondamental de la *common law*, l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense. Dès qu'un accusé soulève la possibilité de l'existence d'une défense, que ce soit en utilisant certains faits de la preuve à charge ou en présentant une preuve en défense, la poursuite est tenue de réfuter la défense hors de tout doute raisonnable. La *common law* ne fait pas de distinction dans ce domaine entre les défenses qui contestent l'existence d'un élément nécessaire de l'infraction et celles qui admettent la *mens rea* et l'*actus reus*, mais nient la responsabilité criminelle à cause de circonstances qui excusent ou justifient la conduite. Dans les deux cas, tout ce que l'accusé a besoin de faire, c'est d'indiquer certaines preuves qui appuient la défense. La poursuite doit alors réfuter la défense hors de tout doute raisonnable. On peut trouver des exemples de ce principe dans les arrêts *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19, qui a décidé que la poursuite doit réfuter la provocation et la légitime défense une fois ces défenses soulevées par l'accusé; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, qui réitère que la poursuite a la charge de réfuter la provocation, et *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, qui a jugé que la poursuite doit réfuter la défense de nécessité hors de tout doute raisonnable. À la lumière de la façon dont la *common law* envisage la charge de la preuve pour ces défenses, je pense qu'imposer à

conduct would violate the presumption of innocence.

Section 309(1), in my view, runs counter to the presumption of innocence. If an accused has a lawful excuse, the section, by its very terms, places the onus on the accused to establish that excuse. Although, strictly speaking, s. 309(1) is not a "reverse onus" provision, in that it does not presume an essential element of the offence, the provision, by requiring proof by the accused of certain defences on a balance of probabilities, makes it "possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt" (*R. v. Oakes*, at p. 132). While s. 11(d) of the *Charter* does not dictate that the Crown prove at the outset the absence of every conceivable defence, it does require that when the facts introduced by the Crown or the accused fairly raise the possibility of a successful defence, all that is ever required of an accused is to raise a reasonable doubt. Section 309(1) requires an accused to adduce evidence on a balance of probabilities. It follows that s. 309(1) constitutes a violation of s. 11(d) of the *Charter*.

VII

Section 1 of the *Charter*

The respondent Crown, in the alternative, adopts the submissions of the Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec with respect to s. 1 of the *Charter*. The Attorney General of Canada argues that s. 309(1) of the *Code*, assuming it infringes s. 11(d) of the *Charter*, is justified under s. 1 as it is designed to meet a valid federal objective, impairs the right only in so far as is deemed necessary for the protection of society, and is not arbitrary or unfair in its application. In sum, it submits that the provision, when viewed in the context of the need for the protection of society, represents a proportionate response to the incidence of property-related offences involving break-ins. The Attorney General of Quebec and the Attorney General for Saskatchewan make similar submissions. The appellant takes issue with these submissions and argues, first, that although the objective of s. 309(1), the suppression of house-

l'accusé de prouver des défenses qui excusent sa conduite violerait la présomption d'innocence.

À mon avis, le par. 309(1) est contraire à la présomption d'innocence. Si un accusé a une excuse légitime, l'article, selon son propre texte, lui impose le fardeau de la prouver. Strictement parlant, le par. 309(1) ne constitue pas une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» car il ne présume pas un élément essentiel de l'infraction, mais comme il exige que l'accusé prouve certaines défenses suivant la prépondérance des probabilités, «une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable» (*R. c. Oakes*, à la p. 132). Bien que l'al. 11d) de la *Charte* n'impose pas au ministère public le fardeau de démontrer au départ l'absence de toute défense concevable, il exige néanmoins que, lorsque les faits présentés par le ministère public ou par l'accusé soulèvent d'une manière suffisante la possibilité d'une défense réussie, l'accusé n'ait plus qu'à soulever un doute raisonnable. Le paragraphe 309(1) exige que l'accusé présente une preuve suivant la prépondérance des probabilités. Il en découle que le par. 309(1) constitue une violation de l'al. 11d) de la *Charte*.

VII

L'article premier de la *Charte*

Le ministère public intimé adopte par ailleurs les arguments du procureur général du Canada et du procureur général du Québec en ce qui a trait à l'article premier de la *Charte*. Le procureur général du Canada soutient que le par. 309(1) du *Code*, en supposant qu'il enfreigne l'al. 11d) de la *Charte*, est justifié aux termes de l'article premier, car il vise à accomplir un objectif fédéral valide, il ne porte atteinte au droit que dans la mesure où cela est jugé nécessaire pour la protection de la société et il n'est pas arbitraire ou injuste dans son application. Bref, il soutient que la disposition, interprétée dans le contexte de la nécessité de protéger la société, représente une réponse proportionnée à l'incidence des infractions contre les biens comportant des effractions. Le procureur général du Québec et le procureur de la Saskatchewan ont présenté des arguments semblables. L'appelant conteste ces arguments et soutient première-

breaking and safe-breaking, is not a trivial objective, it is not of such grave significance as to justify the violation of so central a right as the presumption of innocence. Thus, it is submitted that the social purpose sought to be attained does not justify the violation of s. 11(d). Secondly, it is submitted by the appellant that the imposition of an evidential burden would achieve the same societal goal, and, concomitantly, avoid the conviction of an accused who raised a doubt as to his or her guilt but was unable to satisfy a standard of proof on a balance of probabilities.

In *Oakes*, this Court outlined the interpretive principles relevant to the inquiry into when an infringement of a constitutional right or freedom is justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society (at pp. 138-39):

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First,

remement, que bien que l'objectif du par. 309(1), l'élimination des vols avec effraction dans les maisons et les coffres-forts, ne représente pas un objectif insignifiant, il n'est pas d'une importance si considérable qu'il justifie la violation d'un droit aussi fondamental que la présomption d'innocence. Il soutient donc que l'objectif social que l'on cherche à atteindre ne justifie pas la violation de l'al. 11d). Deuxièmement, l'appelant soutient que l'imposition d'un fardeau de présentation atteindrait le même but du point de vue social et, de manière concomitante, éviterait la condamnation d'un accusé qui a soulevé un doute quant à sa culpabilité mais qui n'a pas pu satisfaire à une norme de preuve suivant la prépondérance des probabilités.

Dans l'arrêt *Oakes*, cette Cour a énoncé les principes d'interprétation applicables pour déterminer quand la violation d'une liberté ou d'un droit constitutionnels est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (aux pp. 138 et 139):

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, sopeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon

the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

As noted, the respondent and interveners all submit that the prevention of house-breaking is a sufficiently pressing and substantial objective to warrant the infringement of the s. 11(d) right to be presumed innocent until proven guilty when charged with an offence. Specifically, the Attorney General of Canada submits that the incidence of break-ins remains at a very high level in Canada, and that the interruption of the burglar in possession of the tools associated with his or her unlawful trade represents an important and significant social objective. Counsel for the Attorney General points to statistics demonstrating that break and enter is the most common property offence next to theft of property of a value under \$200 (Statistics Canada, Canadian Centre for Justice Statistics, *Canadian Crime Statistics 1985* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986), table 2). Those statistics also demonstrate a low clearance rate for property crimes in general and break and enter offences in particular. In 1985, the break and enter offence recorded one of the lowest clearance rates of all property crime offences, with 78.2 per cent being unsolved in 1985 (*Canadian Crime Statistics 1985*, at p. 46). It also relies on the Law Reform Commission's Working Paper No. 48, *Criminal Intrusion* (1986), which, at p. 1, captures succinctly society's interest in curbing property crimes:

It is with good reason that the paradigm of a criminal is the "burglar." Break and enter is one of those offences

avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Comme je l'ai souligné, l'intimée et les intervenants ont tous soutenu que la prévention des effractions constituait un objectif suffisamment important et urgent pour justifier la violation du droit accordé par l'al. 11d) d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable de l'infraction dont on est accusé. De manière plus précise, le procureur général du Canada a soutenu que la fréquence des effractions est très élevée au Canada et que l'arrestation du cambrioleur en possession des outils associés avec son activité illégale représente un objectif social important et significatif. On a souligné les statistiques démontrant que l'introduction par effraction figure au deuxième rang, après le vol de biens valant moins de 200 \$ parmi les infractions les plus courantes contre les biens (Statistiques Canada, Centre canadien de la statistique juridique, *Statistique de la criminalité du Canada, 1985* (Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986), tableau 2). Ces statistiques font également ressortir un faible taux de résolution des infractions contre les biens en général et des introductions par effraction en particulier. En 1985, l'infraction d'introduction par effraction a obtenu l'un des plus faibles taux de résolution de toutes les infractions contre les biens, soit de 78,2 p. 100. (*Statistique de la criminalité du Canada, 1985*, à la p. 46). Il s'est également fondé sur le document de travail n° 48 de la Commission de réforme du droit du Canada, *L'intrusion criminelle* (1986), qui, à la p. 1, résume l'intérêt que la société porte à la répression des infractions contre les biens:

Ce n'est pas sans raison que l'on associe généralement le «cambrioleur» au type même du criminel. L'introduc-

which seem to touch each one of us. It is rare today to find anyone who has not been a victim of a break and enter or who does not know someone who has been. Indeed, break and enter continually appears in police statistics as the most common property offence next to theft of property of a value under \$200. This is serious when you consider that two-thirds of all reported *Criminal Code* offences relate to property.

However, perhaps the worst thing about break and enter is how worrying it is. This is especially so when it happens to you in your home. An unwanted intrusion into our homes, our private space, gives rise to feelings of fear, outrage, insult and indignation. Somehow we feel violated. Studies confirm that "the victim seems threatened personally more by the disarrangement of his personal territory than by the evident economic loss." Insurance can compensate for the economic loss; nothing can compensate for our feelings of fear, insult, anger and loss of security resulting from an invasion of our privacy.

While not wishing to downplay the pressing and substantial interest in curbing this sort of unlawful activity, and assuming that it is sufficiently weighty to justify curbing fundamental freedoms constitutionally protected by the *Charter*, it is my view that s. 309(1) cannot, in any event, be justified under s. 1, by virtue of the fact that the provision does not meet the proportionality test enunciated in *R. v. Oakes* as it applies to infringements on the s. 11(d) right to be presumed innocent until proven guilty.

I say this for two reasons. First, even assuming there to be a rational basis for distinguishing between defences, s. 309(1) does not impair "as little as possible" the right or freedom in question (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 352). Parliament could have enacted a section which does not have the effect of resulting in the possible conviction of a person who raises a

tion par effraction fait partie de ces infractions qui semblent toucher chacun d'entre nous. En effet, il est rare de nos jours de trouver quelqu'un qui n'a pas lui-même été victime d'un cambriolage, ou qui ne connaît pas quelqu'un d'autre qui l'a été. De fait, dans les statistiques policières, l'introduction par effraction figure de façon continue au deuxième rang, après le vol de biens valant moins de 200 \$, parmi les infractions contre les biens les plus courantes. Or, cet état de choses ne saurait être pris à la légère si l'on tient compte du fait que de toutes les infractions prévues au *Code criminel* qui sont dénoncées, les deux-tiers sont des infractions contre les biens.

Cela dit, l'aspect le plus grave de l'introduction par effraction est sans doute son caractère inquiétant pour la victime, surtout si l'infraction est commise au domicile de celle-ci. En effet, lorsqu'un intrus s'introduit dans la demeure, dans l'espace privé d'une personne, celle-ci peut se sentir effrayée, outragée, insultée et indignée. L'intrusion apparaît en quelque sorte comme une agression. Et des études ont confirmé que [TRADUCTION] «c'est la violation de son espace personnel, bien plus que la perte financière pourtant évidente, qui est perçue comme une menace personnelle par la victime». La perte financière peut toujours être réparée par le produit d'une assurance, mais rien, en revanche, ne peut compenser le sentiment de peur, d'affront, de colère et d'insécurité qu'une personne peut éprouver à la suite de l'atteinte ainsi portée à sa vie privée.

Bien que je ne désire pas diminuer l'urgence et l'importance de réprimer ce genre d'activité illégale et présumant qu'il est suffisamment important pour justifier la restriction de libertés fondamentales protégées constitutionnellement par la *Charte*, je suis d'avis que le par. 309(1) ne peut, en aucun cas, être justifié aux termes de l'article premier étant donné que la disposition ne satisfait pas au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes* tel qu'il s'applique aux violations du droit garanti par l'al. 11d) d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable.

Il y a deux raisons à cela. Premièrement, même si on présume qu'il y a un fondement rationnel pour établir une distinction entre les moyens de défense, le par. 309(1) ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352). Le législateur aurait pu adopter un article qui n'aurait pas eu pour effet d'entraîner

reasonable doubt at trial as to his or her guilt but is unable to prove his or her innocence on a balance of probabilities. In other words, given the circumstances surrounding this kind of offence and the objective of curbing property-related crimes, Parliament could have imposed simply an evidential burden on the accused to introduce some evidence raising a reasonable doubt as to his or her guilt, as it did in 1972 with respect to defences which negate the inference that the accused intended to use the instruments for house-breaking purposes.

Secondly, I am of the opinion that s. 309(1) does not meet the proportionality calculus articulated in *R. v. Oakes* because of the deleterious effects which result from imposing a persuasive burden on the accused in connection with a criminal offence making unlawful the possession of even the most innocuous of tools. The principle that innocent persons not be punished is the normative foundation of the evidentiary requirement of proof beyond a reasonable doubt. It is true that the 1972 amendments reduced the possibility that innocent persons would be convicted, but, in my opinion, Hall J.'s concerns in *Tupper v. The Queen* remain valid. Section 309(1) embraces and leaves open the possibility that innocent persons will be jailed. This effect, given the range of alternative legislative devices available to Parliament, is too deleterious to be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Simply put, the provision exacts too high a price to be justified in a free and democratic society. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law.

la déclaration de culpabilité d'une personne qui soulève à son procès un doute raisonnable quant à sa culpabilité mais qui est incapable de démontrer son innocence suivant la prépondérance des probabilités. En d'autres termes, compte tenu des circonstances entourant ce genre d'infraction et de l'objectif de la répression des crimes contre les biens, le législateur aurait pu imposer simplement à l'accusé le fardeau de présentation d'éléments de preuve soulevant un doute raisonnable quant à sa culpabilité, comme il l'a fait en 1972 en ce qui a trait aux moyens de défense qui empêchent de conclure que l'accusé avait l'intention d'utiliser les instruments à des fins d'effractions de maisons.

Deuxièmement, je suis d'avis que le par. 309(1) ne satisfait pas au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes* en raison des effets néfastes qui résultent de l'imposition à l'accusé du fardeau de persuasion relativement à une infraction criminelle rendant illégale la possession de l'outil le plus inoffensif. Le principe selon lequel les personnes innocentes ne doivent pas être punies est le fondement normatif de l'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable. Il est vrai que les modifications de 1972 ont réduit les risques que des personnes innocentes soient déclarées coupables, mais, à mon avis, les inquiétudes du juge Hall dans l'arrêt *Tupper v. The Queen* demeurent valables. Le paragraphe 309(1) inclut et rend possible l'emprisonnement de personnes innocentes. Compte tenu de la gamme de mécanismes législatifs auxquels le législateur peut recourir, cet effet est trop néfaste pour être justifié comme limite raisonnable aux termes de l'article premier de la *Charte*. En somme, la disposition exige que l'on paie un prix trop élevé pour qu'elle soit justifiée dans une société libre et démocratique. Comme le juge Lamer l'a dit dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

For the reasons given earlier, I am of the view that s. 309(1) of the *Criminal Code* affords insufficient protection to an accused faced with the potential segregation from society and deprivation of liberty which result from conviction. It follows that s. 309(1) of the *Code* is not justified under s. 1 of the *Charter*.

This does not, however, lead to the conclusion that the whole of s. 309(1) is void. Excising the words, "the proof of which lies upon him", from the provision would eliminate the possibility of the conviction of an accused who had a lawful excuse for his or her actions but could not prove that excuse on a balance of probabilities. As I stated earlier, although s. 11(d) of the *Charter* does not oblige the Crown to prove at the outset the absence of every conceivable defence, it does require that when the facts fairly raise the possibility of a successful defence, all that is required of an accused is to raise a reasonable doubt as to his or her guilt. I would order that the offending words be severed so that an accused bears only an evidential burden in this regard. As the appellant has yet to be prosecuted under s. 309(1), I would dismiss the appeal and direct that the indictment continue in the ordinary way under s. 309(1) without the accused bearing a persuasive burden of establishing lawful excuse.

VIII

Conclusion

Clements Co. Ct. J. was correct in holding that s. 309(1) of the *Criminal Code* of Canada violates s. 11(d) of the *Charter*. Moreover s. 309(1) cannot be justified under s. 1. Accordingly, the constitutional questions should be answered as follows:

1. Is section 309(1) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, to the extent that the words, "the proof of which lies upon him", places a persuasive burden on an accused to

Pour les motifs que j'ai donnés précédemment, je suis d'avis que le par. 309(1) du *Code criminel* accorde une protection insuffisante à un accusé qui doit faire face à la possibilité d'être exclu de la société et privé de sa liberté par suite d'une déclaration de culpabilité. Il en découle que le par. 309(1) du *Code* n'est pas justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Ceci n'amène cependant pas à la conclusion que tout le par. 309(1) est nul. Supprimer les termes «dont la preuve lui incombe» de la disposition éliminerait la possibilité de condamner un accusé qui a une excuse légitime pour ses actes, mais ne peut la prouver suivant la prépondérance des probabilités. Comme je l'ai dit plus tôt, bien que l'al. 11(d) de la *Charte* n'impose pas au ministère public le fardeau de démontrer au départ l'absence de toute défense concevable, il exige néanmoins que lorsque les faits soulèvent de manière suffisante la possibilité d'une défense réussie, l'accusé n'ait plus qu'à soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. J'ordonnerais donc que les termes en question soient retranchés de sorte qu'un accusé ne supporte que le fardeau de présentation à cet égard. Comme l'appelant n'a pas encore été poursuivi en vertu du par. 309(1), je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner que la procédure par acte d'accusation suive son cours conformément au par. 309(1) sans que l'accusé ait à supporter le fardeau de persuasion pour prouver une excuse légitime.

VIII

Conclusion

Le juge Clements a conclu à bon droit que le par. 309(1) du *Code criminel* du Canada viole l'al. 11(d) de la *Charte*. En outre, le par. 309(1) ne peut être justifié aux termes de l'article premier. Par conséquent, les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, dans la mesure où les mots «dont la preuve lui incombe» imposent à l'accusé le fardeau de persuasion pour établir

establish "lawful excuse" on a balance of probabilities.

2. If so, is s. 309(1) of the *Criminal Code* of Canada justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a

Answer: No, to the extent that the words, "the proof of which lies upon him", places a persuasive burden on the accused to establish "lawful excuse" on a balance of probabilities. ^b

I would dismiss the appeal.

The reasons of McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my colleague, the Chief Justice. He has set out the facts and the issues which arise in this case, as well as the positions taken by the parties before this Court. I am unable, however, to agree fully with his reasons and the answers that he has given to the constitutional questions posed. In general agreement with the Court of Appeal, I am unable to find s. 309 of the *Criminal Code* inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would, therefore, answer Question 1 in the negative, have no occasion to answer the second question, and I would dismiss the appeal. ^c

Section 309(1) of the *Criminal Code* is in these terms:

309. (1) Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument suitable for the purpose of breaking into any place, motor vehicle, vault or safe under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for any such purpose, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding ten years. ^d

The other relevant provision, s. 11(d) of the *Charter*, provides:

11. Any person charged with an offence has the right ^e

une «excuse légitime» selon la prépondérance des probabilités.

2. Dans l'affirmative, le par. 309(1) du *Code criminel* du Canada est-il justifié compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^f

Réponse: Non, dans la mesure où les mots «dont la preuve lui incombe» imposent à l'accusé le fardeau de persuasion pour établir une «excuse légitime» selon la prépondérance des probabilités.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. ^g

Version française des motifs des juges McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement de mon collègue, le Juge en chef. Il y expose les faits et les questions en litige, ainsi que les positions qu'ont adoptées les parties devant cette Cour. Je ne puis cependant souscrire entièrement à ses motifs ni à ses réponses aux questions constitutionnelles posées en l'espèce. Selon moi, et en cela je partage globalement l'opinion de la Cour d'appel, il est impossible de conclure à l'incompatibilité de l'art. 309 du *Code criminel* avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, je suis d'avis de répondre à la première question par la négative. Il n'est donc pas nécessaire de répondre à la seconde et je rejetterais le pourvoi. ^h

Le paragraphe 309(1) du *Code criminel* dispose:

309. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un endroit, un véhicule à moteur, une chambre-forte ou un coffre-fort dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but. ⁱ

L'autre disposition pertinente, l'al. 11d) de la *Charte*, porte:

11. Tout inculpé a le droit:

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

The history of the offence charged under s. 309 extends back to a mid-nineteenth century English statute, which was adopted in the *Criminal Code* of Canada of 1892 and, after amendment, appeared in the 1953-54 *Code* as s. 295 in these terms:

295. (1) Every one who without lawful excuse, the proof of which lies upon him, has in his possession any instrument for house-breaking, vault-breaking or safe-breaking is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

Amendments in 1972 and 1985 gave the section, now numbered 309, its present form by the addition of the words:

... under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for any such purpose . . .

The 1972 amendment added a further element which the Crown must prove. In answer to the suggestion made by the trial judge that these words were ambiguous and, consequently, in contravention of the *Charter*, Lacourcière J.A., speaking for the unanimous Court of Appeal (1983), 41 O.R. (2d) 250 (Lacourcière, Weatherston and Cory J.J.A.), said, at p. 255:

By the addition of the impugned wording, Parliament, in effect, was delineating the legislative criteria for an indictable offence, where the circumstances of the possession of the instruments suitable for house-breaking, which can also be used for innocent purposes, give rise to the incriminating inference. An additional onus was placed on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the instruments were in the accused's possession under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instruments were intended to be used for house-breaking, etc. I am unable to agree with the trial judge that the incriminating circumstances required to be proved by the Crown are couched in ambiguity.

I am in full agreement with these words.

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

^a L'infraction prévue par l'art. 309 remonte à une loi anglaise du milieu du dix-neuvième siècle. Cette infraction a été reprise dans le *Code criminel* du Canada de 1892 et, ayant été modifiée, était ainsi formulée à l'art. 295 du *Code* de 1953-54:

295. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, a en sa possession un instrument pouvant servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts.

^a Des modifications de 1972 et 1985 ont donné à l'article, qui porte maintenant le numéro 309, sa forme actuelle par l'ajout des mots suivants:

... dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but.

^f La modification de 1972 ajoutait un élément de plus que le ministère public doit prouver. Répondant à l'observation du juge du procès selon lequel les mots en question étaient ambigus et, partant, contraires à la *Charte*, le juge Lacourcière, parlant au nom de la Cour d'appel unanime (1983), 41 O.R. (2d) 250 (les juges Lacourcière, Weatherston et Cory), affirme, à la p. 255:

^g [TRADUCTION] Par l'ajout des mots contestés le législateur se trouvait en réalité à préciser les critères législatifs de l'acte criminel lorsque les circonstances de la possession d'instruments pouvant servir aux effractions de maisons, qui sont également susceptibles d'une utilisation innocente, donnent lieu à la conclusion incriminante. Le ministère public s'est vu imposer l'obligation supplémentaire de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait les instruments en sa possession dans des circonstances qui donnaient raisonnablement lieu de conclure que ces instruments étaient destinés à être utilisés dans un tel but. Je ne puis retenir le point de vue du juge du procès, selon lequel les circonstances incriminantes devant être prouvées par le ministère public sont exprimées en termes ambigus.

^j Je souscris entièrement à l'opinion exprimée dans ce passage.

The 1972 and 1985 amendments to s. 309(1) of the *Criminal Code* are of fundamental importance in this case and, in my view, render much of what was said in earlier judgments dealing with their predecessors of little significance. Section 309(1) creates a complete offence; that of being in possession of any instrument suitable for the purpose of breaking into any place, motor vehicle, vault or safe under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instrument has been used or is or was intended to be used for any such purpose. For the Crown to procure a conviction under this section all elements of the offence must be proved beyond a reasonable doubt. The Crown's burden was aptly stated by Martin J.A. in *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (Ont. C.A.), speaking for the Court (Kelly, Martin and Lacourcière J.J.A.), at pp. 179-80:

As will be gathered from what I have already said, it was incumbent upon the Crown to prove: (a) possession by the accused of the instruments specified in the indictment; (b) that they were suitable for the purpose of housebreaking, safe-breaking or vault-breaking; (c) that such instruments were found under circumstances that give rise to a reasonable inference that the instruments were intended to be used for housebreaking, safe-breaking or vault-breaking.

In discharging this burden of proof, the Crown must put before the court a *prima facie* case, that is, evidence covering every element of the offence of such nature that, if believed by the trier of fact and not answered, would warrant a conviction. It was argued by the appellant that by providing that the possession must be in circumstances which would give rise to a reasonable inference, the section was enabling a finding of guilt on something less than proof beyond a reasonable doubt. I would reject that argument. The words "reasonable inference" (of guilt) employed in a criminal enactment can mean only an inference which, on the basis of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt, would warrant a conclusion of

Les modifications apportées en 1972 et en 1985 au par. 309(1) du *Code criminel* revêtent une importance fondamentale en l'espèce et, à mon avis, enlèvent quasiment toute importance à une bonne partie de ce qui a été dit dans la jurisprudence sur les dispositions antérieures. Le paragraphe 309(1) crée une infraction complète, savoir celle d'avoir en sa possession un instrument pouvant servir à pénétrer par effraction dans un endroit, un véhicule à moteur, une chambre forte ou un coffre-fort dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure que l'instrument a été utilisé, est destiné ou a été destiné à être utilisé dans un tel but. Le ministère public, s'il veut obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de cet article, doit prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. La charge de la preuve incombant au ministère public a été énoncée avec justesse par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Kozak and Moore* (1975), 20 C.C.C. (2d) 175 (C.A. Ont.), qui parlait au nom de la Cour d'appel composée également des juges Kelly et Lacourcière, aux pp. 179 et 180:

[TRADUCTION] Comme il ressort de ce que j'ai déjà dit, il incombait au ministère public de démontrer: a) la possession par l'accusé des instruments précisés dans l'acte d'accusation; b) qu'ils pouvaient servir aux effractions de maisons, de voûtes de sûreté ou de coffres-forts; c) que ces instruments ont été trouvés dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure qu'ils étaient destinés à être utilisés dans un tel but.

Pour se décharger du fardeau lui incombant, le ministère public doit présenter à la cour une preuve *prima facie*, c'est-à-dire une preuve qui se rapporte à chaque élément de l'infraction d'une nature telle que, si le juge des faits y ajoute foi et qu'elle ne soit pas réfutée, justifie une déclaration de culpabilité. L'appelant a fait valoir que l'article en question, du fait qu'il dispose qu'on doit avoir un instrument en sa possession dans des circonstances qui donnent raisonnablement lieu de conclure à la culpabilité, permet de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve moindre que la preuve hors de tout doute raisonnable. Je rejette cet argument. Le seul sens possible de l'expression «donnent raisonnablement lieu de conclure» (à la

guilt in the absence of any answer or explanation. An inference of guilt is not reasonable in the criminal context unless it overrides a reasonable doubt. The burden of proof under this section must be discharged without the benefit of any presumption against the accused. The accused is required to prove nothing, though depending on the strength of the Crown's evidence he might be in grave danger of conviction if he does not call evidence in his defence or make answer to the Crown's case. In this regard the accused, under s. 309 of the *Criminal Code*, is in no different position than an accused in any other offence.

It was also argued that the inclusion of the words "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" in s. 309(1) of the *Criminal Code*, amounted to a reverse onus clause which imposed a burden on the accused to prove his innocence, contrary to the provisions of s. 11(d) of the *Charter*. In other words, they denied him the benefit of a presumption of innocence. In my view, these words create no such reverse onus. These words, while apt in certain circumstances to do so, cannot be said to have any such effect in the context of s. 309(1) of the *Criminal Code*, where before they can have any effect the Crown must place before the Court a complete case for conviction. They may be said to be little more than a recognition of the accused's statutory right under s. 577(3) of the *Criminal Code* to make full answer and defence. There is no provision here, similar to s. 241(1)(a) of the *Criminal Code*, which deems that an accused found occupying the seat ordinarily occupied by the driver had care and control of the vehicle. This is not a case such as that of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1 (struck down by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), which permitted upon a conviction for one offence (possession of a narcotic) conviction for a completely different offence (possession for the purpose of trafficking) unless the accused disproved the intent to traffic. It may well be

culpabilité), lorsqu'elle est employée dans une disposition criminelle, est une conclusion qui, selon la norme criminelle de la preuve hors de tout doute raisonnable, justifierait un verdict de culpabilité en l'absence d'une preuve contraire ou d'une explication. Dans le contexte criminel, une conclusion de culpabilité n'est pas raisonnable tant qu'il subsiste un doute raisonnable. La preuve requise par l'article en cause doit se faire sans le bénéfice d'une présomption à l'encontre de l'accusé. Celui-ci n'est rien tenu de prouver, quoique, suivant la force de la preuve du ministère public, il puisse courir un grand danger de se voir reconnu coupable s'il ne produit aucune preuve pour sa défense ou s'il ne répond pas à la preuve du ministère public. À cet égard, la situation de l'accusé aux fins de l'art. 309 du *Code criminel* ne diffère aucunement de celle d'une personne inculpée d'une autre infraction.

On a soutenu en outre que l'expression «sans excuse légitime dont la preuve lui incombe» au par. 309(1) du *Code criminel* constituait une clause portant inversion de la charge de la preuve qui obligeait l'accusé, contrairement à l'al. 11d) de la *Charte*, à prouver son innocence. En d'autres termes, elle le privait du bénéfice de la présomption d'innocence. À mon avis, l'expression en question n'opère aucune inversion de la charge de la preuve. Certes, elle peut avoir cet effet dans certaines circonstances, mais on ne saurait prétendre qu'il en est ainsi dans le contexte du par. 309(1) du *Code criminel*, où le ministère public doit produire devant la cour des preuves complètes justifiant une déclaration de culpabilité, sans quoi cette expression ne joue pas. Elle peut donc être considérée comme rien d'autre qu'une reconnaissance du droit de présenter une pleine réponse et défense que le par. 577(3) du *Code criminel* confère à l'accusé. Il ne s'agit pas d'une disposition semblable à l'al. 241(1)a) du *Code criminel* qui porte qu'un accusé qu'on trouve occupant la place ordinairement occupée par le chauffeur est réputé avoir la garde ou le contrôle du véhicule en question. Il ne s'agit pas non plus d'un cas comme celui visé par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1 (disposition jugée invalide par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) qui permettait, sur déclaration de

asked, then, why are the words included in the statute, what purpose do they have?

In my view, before the 1972 *Tupper* amendment, this question would have been answered by stating that the words "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" were included in the section in order to make available the defence of innocent purpose, which would not have been open to an accused without this phrase because, in the words of the former section, the offence was complete without consideration of purpose. On this point, I would refer to the words of Laskin J. (as he then was) in *Brownridge v. The Queen*, [1972] S.C.R. 926, at p. 950, in a concurring judgment on this point, where he said on the subject of the construction of the words "without reasonable excuse" in what is now s. 238(5) of the *Criminal Code*:

... the trial judge ruled as a matter of law that denial of an accused's request to consult a lawyer before he would agree to give a breath sample did not provide a reasonable excuse to an accused for refusing to give such a sample.

I agree with this ruling of the trial judge because I regard the phrase "without reasonable excuse" as adding a defence or a bar to successful prosecution which would not be available without those words, but not as encompassing defences or bars that would exist without them. For example, a right of diplomatic immunity from the domestic criminal law would exist regardless of the absence of the words "without reasonable excuse"; and similarly, in my view, if s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* sets up a bar, it is one which is independent of the presence of the words in question. It would be strange, indeed, if the effect of the immunity above-mentioned or of the *Canadian Bill of Rights* was vitiated by repeal of the words "without reasonable excuse". [Emphasis added.]

culpabilité d'une infraction (possession d'un stupéfiant), de rendre un verdict de culpabilité d'une infraction tout à fait différente (possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic), à moins que
a l'accusé ne prouve qu'il n'avait pas l'intention d'en faire le trafic. On peut donc se demander pourquoi l'expression en cause a été incluse dans la Loi et à quoi elle sert.

b À mon avis, avant la modification de 1972 entraînée par l'arrêt *Tupper*, on aurait répondu que l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» a été incluse dans l'article afin
c qu'on puisse se prévaloir du moyen de défense du but innocent qui, à défaut de cette clause, ne pourrait pas être invoqué par un accusé parce que, selon le texte de l'ancien article, l'infraction était
d complète indépendamment du but visé. À cet égard, je me réfère aux propos qu'a tenus le juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, à la p. 950, où, dans des motifs concordants sur ce point,
e il dit concernant l'interprétation à donner à l'expression «sans excuse raisonnable» figurant dans ce qui est maintenant le par. 238(5) du *Code criminel*:

f ... le juge de première instance a décidé qu'en droit, le fait de ne pas accéder à la demande de l'accusé de consulter un avocat avant qu'il accepte de donner un échantillon d'haleine ne lui fournit pas une excuse raisonnable pour refuser de donner cet échantillon.

g Je souscris à cette décision du juge de première instance parce que j'interprète l'expression «sans excuse raisonnable» comme ajoutant, à titre de motif du rejet d'une poursuite, un moyen de défense ou d'irrecevabilité qui ne serait pas disponible en son absence, et parce que
h je n'interprète pas cette expression comme visant des moyens de défense ou d'irrecevabilité qui existent même en l'absence de cette expression. Par exemple, le droit à l'immunité diplomatique vis-à-vis du droit criminel interne existe même en l'absence de l'expression «sans excuse raisonnable»; de même, à mon avis, si l'art. 2(c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits* établit un moyen d'irrecevabilité, celui-ci ne dépend pas de l'existence de l'expression en question. En fait, il serait étrange que l'effet de l'immunité ci-dessus mentionnée
i ou de la *Déclaration canadienne des droits* soit vicié par l'abrogation de l'expression «sans excuse raisonnable». [Je souligne.]

The emphasized words in the above passage were relied upon in the Ontario Court of Appeal in construing the words "without lawful justification or excuse", in s. 408 of the *Criminal Code*, in *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35, at p. 44, *per* Brooke J.A. (leave to appeal to this Court was granted but the appeal was discontinued before hearing). When, however, the section was amended in 1972 to make the intention to use the instrument for house-breaking an essential element of the offence, the phrase "without lawful excuse, the proof of which lies upon him" was rendered superfluous. The purpose for which the accused intended to use the tools was effectively converted from a defence which the accused had to prove to show his innocence, to an essential element of the offence which the Crown had to prove beyond a reasonable doubt to prove his guilt. As a result, then, the phrase was denuded of its original content. It was probably retained in the section out of an abundance of caution.

The Chief Justice has adopted the view that the phrase has not been so robbed of its content but that it encompasses general common law excuses, such as duress and authorization by law, which he considers must continue to be established by the accused on a balance of probabilities. I cannot, with the utmost deference, share that view. I would adopt the words of Laskin J. in *Brownridge*, *supra*. The words "without lawful excuse" do not encompass excuses or justifications that would exist if those words were omitted from the section, and thus require proof by the accused. Manifestly, if the words were omitted from the *Code*, general common law excuses, such as duress or authorization by law, would continue to be available to the accused. The conclusion that these general common law excuses are not encompassed within the phrase "without lawful excuse", entails the further conclusion that these excuses need not be proved on a balance of probabilities since they are not affected by the words "the proof of which lies upon him". Consequently, these excuses are, and have always been, with respect to this offence, available to an accused on exactly the same basis as they are in any other criminal offence: as long

La Cour d'appel de l'Ontario s'est appuyée sur les mots soulignés dans le passage reproduit ci-dessus en interprétant l'expression «sans justification ou excuse légitime» employée à l'art. 408 du *Code criminel* dans l'arrêt *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35, à la p. 44, motifs du juge Brooke (l'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée, mais il y a eu désistement avant l'audience). Toutefois quand l'article a été modifié en 1972 de manière à faire de l'intention de se servir de l'instrument pour s'introduire par effraction dans une maison un élément essentiel de l'infraction, l'expression «sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe» est devenue superflue. D'un moyen de défense que l'accusé devait prouver pour démontrer son innocence, l'usage qu'il entendait faire des instruments a été transformé en élément essentiel de l'infraction, que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable afin d'établir la culpabilité de l'accusé. Par conséquent, l'expression a été vidée de son sens primitif et, si elle a été conservée dans l'article, c'est probablement par précaution.

Le Juge en chef pour sa part a adopté le point de vue selon lequel l'expression en question n'a pas perdu son sens, mais qu'elle englobe les excuses générales de *common law*, telles que la contrainte et l'autorisation de la loi, qui, à son avis, doivent toujours être établies par l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Je ne puis en toute déférence souscrire à son avis. Je fais mien ce qu'a dit le juge Laskin dans l'arrêt *Brownridge*, précité. L'expression «sans excuse légitime» ne comprend pas les excuses ou les justifications qui existeraient si cette expression était omise de l'article et ne nécessite donc pas que l'accusé en fasse la preuve. De toute évidence, si cette expression était omise dans le *Code*, l'accusé pourrait continuer à se prévaloir des excuses générales de *common law* comme la contrainte ou l'autorisation de la loi. De la conclusion que ces excuses générales de *common law* échappent à la portée de l'expression «sans excuse légitime» découle une autre conclusion, savoir que ces excuses n'ont pas à être prouvées selon la prépondérance des probabilités, car elles ne sont pas visées par l'expression «dont la preuve lui incombe». Il s'ensuit que ces excuses peuvent, et ont toujours pu, être alléguées par un accusé rela-

as the accused can raise a reasonable doubt, he is entitled to an acquittal.

In any event, even accepting the proposition stated by the Chief Justice that "where an accused seeks to raise a defence absolving him or her of liability despite proof of *actus reus* and *mens rea* beyond a reasonable doubt, [such as duress, or authorization by law], s. 309(1), like its predecessor, still requires the accused to establish such a defence on a balance of probabilities", this requirement would involve no infringement of s. 11(d) of the *Charter* guaranteeing the right to be presumed innocent unless proven guilty according to law. Defences or excuses of this nature can only be raised where the offence has been proved: see *Bergstrom v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 539, at p. 544, and see, as well, Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 194. Indeed, as has been observed above, the Chief Justice has limited his concerns specifically to such cases.

Where, then, as in the case at bar, proof of guilt beyond a reasonable doubt is required without the benefit of any presumption before any need for defence arises, s. 11(d) of the *Charter* has not been offended. There has been no denial of the presumption of innocence. It has been overcome by proof according to law or by admissions of the accused, and the defence or excuse which is sought to be raised depends upon that fact. If he is convicted in the face of such a defence, it is not because he has been presumed guilty or because the commission of the crime has not been shown, but because his excuse was rejected after proof of the commission of the offence. An accused raising such a defence or excuse is not seeking relief because of an absence of guilt. He seeks relief despite his commission of the offence. It may be of interest to note that s. 17 of the *Criminal Code*, in defining the defence of compulsion, provides that the accused is "excused for committing the offence" (emphasis added). Where the offence is

tivement à l'infraction en cause exactement de la même manière qu'elles peuvent être invoquées dans le cas de n'importe quelle autre infraction criminelle: si l'accusé parvient à faire naître un doute raisonnable, il a le droit d'être acquitté.

En tout état de cause, même en retenant la proposition avancée par le Juge en chef suivant laquelle, «dans les circonstances où un accusé tente de soulever un moyen de défense dégageant sa responsabilité malgré la preuve d'un *actus reus* et d'une *mens rea* hors de tout doute raisonnable [par exemple, la contrainte ou l'autorisation de la loi], le par. 309(1), comme son prédécesseur, exige toujours que l'accusé établisse une telle défense suivant la prépondérance des probabilités», cette exigence ne constituerait nullement une violation de l'al. 11d) de la *Charte*, qui garantit le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. Les défenses ou les excuses de ce genre ne peuvent être invoquées que dans une situation où l'infraction a été prouvée: voir *Bergstrom c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 539, à la p. 544, et voir en outre Mewett et Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), à la p. 194. De fait, comme je l'ai déjà dit, le Juge en chef s'est seulement occupé de ces cas.

Donc, lorsque, comme en l'espèce, la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable sans le bénéfice d'une présomption avant de soulever un moyen de défense, il n'y a pas de violation de l'al. 11d) de la *Charte*. On n'est pas privé du bénéfice de la présomption d'innocence. Elle a simplement été renversée par une preuve conforme à la loi ou par des aveux de l'accusé, et c'est de ce fait que dépend le moyen de défense ou l'excuse dont on cherche à se prévaloir. Si, après avoir invoqué une telle défense, l'accusé est déclaré coupable, ce n'est pas parce qu'on l'a présumé coupable ou que la perpétration de l'infraction n'a pas été établie, mais parce que son excuse a été rejetée après qu'on ait prouvé la perpétration de l'infraction. L'accusé qui soulève une telle défense ou excuse ne demande pas d'être dégagé de sa responsabilité parce qu'il n'est pas coupable. Il le demande bien qu'il ait commis l'infraction. Il convient peut-être de faire remarquer que l'art. 17 du *Code criminel*, en définissant le moyen de défense

proved beyond a reasonable doubt, according to law, without the aid of any presumption, I cannot conclude that the accused has been denied the benefit of the presumption of innocence only because his excuse for his commission of the offence is not accepted. I would, accordingly, dismiss the appeal and I would answer the first constitutional question in the negative and not answer the second.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgments of the Chief Justice and McIntyre J. I am in agreement with the interpretation given s. 309(1) of the *Criminal Code* by McIntyre J. So interpreted, the section does not conflict with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I would dismiss the appeal, answer the first constitutional question in the negative and not answer the second constitutional question.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: C. Jane Arnup, Toronto.

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Paul Monty and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Department of Justice, Regina.

de contrainte, prévoit que l'accusé est «excusé [...] d'avoir commis l'infraction» (je souligne). Lorsque l'infraction a été prouvée hors de tout doute raisonnable conformément à la loi et sans l'aide d'aucune présomption, je ne puis conclure qu'on a refusé à l'accusé le bénéfice d'une présomption d'innocence du simple fait que son excuse pour avoir commis l'infraction n'a pas été acceptée. Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi, de donner à la première question constitutionnelle une réponse négative et de ne pas répondre à la seconde.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du Juge en chef et du juge McIntyre. Je souscris à l'interprétation que le juge McIntyre donne au par. 309(1) du *Code criminel*. Vu cette interprétation, l'article n'entre pas en conflit avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, de répondre à la première question constitutionnelle par la négative et de ne pas répondre à la seconde question.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: C. Jane Arnup, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Paul Monty et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le ministère de la Justice, Regina.