

Pasquale Salituro *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SALITURO

File No.: 22049.

1991: June 26; 1991: November 28.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIOPresent: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin and
Iacobucci JJ.

Criminal law — Evidence — Witnesses — Competency — Spouses — Husband charged with using forged document after forging wife's name on cheque and cashing it — Spouses separated without any reasonable possibility of reconciliation — Whether wife of accused competent witness for prosecution — Whether appropriate case for court to change common law rule of spousal incompetence.

The accused was charged with using a forged document contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. He had signed his wife's name on a cheque payable to them jointly and cashed it. At trial, the accused testified that he had his wife's authority to do this. The accused's wife, testifying for the Crown, denied giving him such authority. The trial judge accepted her evidence and convicted the accused. At the time of the offence, the accused and his wife were separated without any reasonable possibility of reconciliation. The majority of the Court of Appeal affirmed the conviction. This appeal raises only one question: is there a common law exception to the rule against spousal competence for spouses who are separated without any reasonable possibility of reconciliation?

Held: The appeal should be dismissed.

While complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature, judges can and should make incremental changes to the common law to bring legal rules into step with a changing society when it is appropriate to do so. Since the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, judges also have a duty to see that the common law develops in

Pasquale Salituro *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SALITURO

N^o du greffe: 22049.^b 1991: 26 juin; 1991: 28 novembre.

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

^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

Droit criminel — Preuve — Témoins — Habilité — Conjoint — Mari accusé d'avoir utilisé un document contrefait après avoir imité la signature de son épouse sur un chèque et l'avoir encaissé — Conjoint séparé sans possibilité raisonnable de réconciliation — L'épouse de l'accusé est-elle habile à témoigner pour la poursuite? — Cette affaire se prête-t-elle à un changement par la cour de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner?

L'accusé a été inculpé d'avoir utilisé un document contrefait en contravention de l'art. 368 du *Code criminel*. Il avait signé le nom de sa femme sur un chèque payable aux deux époux conjointement et l'avait encaissé. Au procès, l'accusé a témoigné qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme. Cette dernière, qui a témoigné pour le ministère public, a nié lui avoir donné son autorisation. Le juge du procès a accepté le témoignage de l'épouse et a déclaré l'accusé coupable. Au moment de l'infraction, l'accusé et son épouse étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation. La Cour d'appel a confirmé, à la majorité, la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève une seule question: y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existent de possibilités raisonnables de réconciliation?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

S'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les juges peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux lorsqu'il est opportun de le faire. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges ont également le devoir de

accordance with the values of the *Charter*. Where the principles underlying a common law rule are out of step with *Charter* values, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the rule so as to make it consistent with such values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action, then the rule ought to be changed. This is an appropriate case for a court to change the common law rule in order to make spouses who are irreconcilably separated competent witnesses for the prosecution.

It is apparent from an examination of the history of the rule making a spouse an incompetent witness for the prosecution that any policy justification which may at one time have existed in support of the rule, including the preservation of marital harmony, has now disappeared in the case of divorced or irreconcilably separated spouses. The rule, which followed naturally from the legal position of the wife at the time, reflects a view of the role of women which is not compatible with the importance now given to sexual equality. In particular, the rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness is inconsistent with the values enshrined in the *Charter*. The common law rule of spousal incompetence involves a conflict between the capacity of the individual to testify and the interests of society in preserving the marriage bond. Where spouses are irreconcilably separated, there is no marriage bond to protect. To give paramountcy to the marriage bond over the interests of individual choice in cases of irreconcilable separation is thus inappropriate in the age of the *Charter*. The *Charter* requires that individual choices not be restricted unnecessarily. Making a separated spouse a competent witness for the prosecution may ultimately mean that an irreconcilably separated spouse is also compellable at the instance of the prosecution; however, this question was not raised on this appeal.

The amendments to s. 4 of the *Canada Evidence Act* do not indicate a parliamentary intention to retain the common law rule of spousal incompetence as it presently stands. The amendments made to the Act since 1906 were peripheral and largely consequential to amendments to the *Criminal Code*. They were made

veiller à ce que la common law évolue en conformité avec les valeurs de la *Charte*. Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec ces valeurs, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative, elle doit être modifiée. La présente affaire se prête à un changement de la règle de common law par une cour, de façon à rendre les conjoints séparés irrémédiablement habiles à témoigner pour le poursuivant.

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que, si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, y compris la préservation de l'harmonie conjugale, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. La règle, qui découlait naturellement de la place juridique que l'épouse occupait à cette époque, reflète une conception du rôle de la femme qui n'est pas compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'incapacité à témoigner du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs consacrées dans la *Charte*. La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la capacité de la personne à témoigner et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé. Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger. La prépondérance du lien du mariage sur le droit de la personne de choisir dans les cas de séparation irrémédiable n'est plus appropriée à l'ère de la *Charte*. La *Charte* exige que les choix individuels ne soient pas restreints inutilement. Rendre le conjoint séparé habile à témoigner pour le poursuivant peut en fin de compte pouvoir dire que le conjoint séparé irrémédiablement est également contraignable à la demande du poursuivant; toutefois, cette question n'a pas été soulevée lors du présent pourvoi.

Les modifications apportées à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne traduisent pas une intention du Parlement de conserver, dans son état actuel, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Les modifications apportées à la Loi depuis 1906 étaient marginales et, pour la plupart, corrélatives à des modifications apportées au *Code criminel*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ

without any recorded consideration of the scope of the common law rule and the issues raised in this case.

Cases Cited

Referred to: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77; *R. v. Czippis* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166; *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283; *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547; *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 17].
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 329, 368, 691(1)(a).
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8 [formerly S.C. 1967-68, c. 24].
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 10.
Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, preamble.
Matrimonial Causes Act (U.K.), 20 & 21 Vict., c. 85.

Authors Cited

Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day. *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act*, 1985. Toronto: Carswell, 1986.

d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives.

Jurisprudence

a

Arrêts mentionnés: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77; *R. v. Czippis* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166; *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283; *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547; *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

f

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 329, 368, 691(1)a).
Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, préambule.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8 [auparavant S.C. 1967-68, ch. 24].
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 10.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 17].
Matrimonial Causes Act (R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85.

Doctrine citée

Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day. *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act*, 1985. Toronto: Carswell, 1986.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book One. Oxford: Clarendon Press, 1770.

Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. *Evidence*. Study Paper No. 1 "Competence and Compellability". Ottawa: The Commission, 1972. ^a

Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 19th ed. London: Clarke, 1832.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961. ^b

Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 1 et 2. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.

Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. *La preuve*. Document préliminaire n° 1 «L'habilité et la contrainte à témoigner». Ottawa: La Commission, 1972.

Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 19th ed. London: Clarke, 1832.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of uttering a forged document. Appeal dismissed.

Marc Rosenberg, for the appellant.

Jamie C. Klukach, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal raises the question of the competence of a spouse who is separated from his or her spouse without reasonable possibility of reconciliation to testify as a witness for the prosecution. ^f

I. Facts

The appellant, Mr. Pasquale Salituro, signed the name of his wife, Mrs. Carrie Salituro, on a cheque payable jointly to her and to him. It was admitted that the appellant signed Mrs. Salituro's name and that he cashed the cheque, but the appellant's defence was that he had his wife's authority to do so. Mrs. Salituro denied this and the trial judge accepted her evidence over the appellant's and convicted him of forgery. The trial judge concluded on the basis of the appellant's testimony that the appellant and his wife were separated without any reasonable possibility of reconciliation at the time the appellant forged his wife's signature. ^g

Without Mrs. Salituro's testimony the appellant would not have been convicted. The issue is therefore

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à l'accusation d'avoir utilisé un document contrefait. Pourvoi rejeté. ^d

Marc Rosenberg, pour l'appellant.

Jamie C. Klukach, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Ce pourvoi soulève la question de savoir si une personne séparée de son conjoint, sans possibilité raisonnable de réconciliation, peut être témoin à charge contre son conjoint.

I. Les faits

L'appellant, M. Pasquale Salituro, a signé le nom de sa femme, M^{me} Carrie Salituro, sur un chèque payable aux deux époux conjointement. Il a été admis que l'appellant avait signé le nom de M^{me} Salituro et qu'il avait encaissé le chèque mais, en défense, l'appellant a fait valoir qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme, ce que celle-ci a nié. Le juge du procès a préféré le témoignage de M^{me} Salituro à celui de l'appellant qu'il a déclaré coupable de faux. Du témoignage de l'appellant, le juge a déduit que, au moment de la contrefaçon, les conjoints étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation. ⁱ

N'eût été le témoignage de M^{me} Salituro, l'appellant n'aurait pas été déclaré coupable. La question en

whether Mrs. Salituro's testimony falls under an exception to the common law rule that a spouse is an incompetent witness for the prosecution. Since this is an appeal as of right, the appeal is limited by s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to questions of law on which a judge of the court of appeal dissents. As a result there is only one question on this appeal: is there a common law exception to the rule against spousal competence for spouses who are separated without any reasonable possibility of reconciliation?

II. Statutory Provisions

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

(2) The wife or husband of a person charged with an offence against subsection 50(1) of the *Young Offenders Act* or with an offence against any of sections 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or sections 170 to 173, 179, 212, 215, 218, 271 to 273, 280 to 283, 291 to 294 or 329 of the *Criminal Code*, or an attempt to commit any such offence, is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(3) No husband is compellable to disclose any communication made to him by his wife during their marriage, and no wife is compellable to disclose any communication made to her by her husband during their marriage.

(4) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268, or 269 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(5) Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

litige est donc de savoir si le témoignage de M^{me} Salituro relève d'une exception à la règle de common law portant que le conjoint est inhabile à témoigner pour le poursuivant. Puisqu'il s'agit d'un pourvoi de plein droit, le débat est limité, par l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aux questions de droit au sujet desquelles un juge de la cour d'appel est dissident. En conséquence, une seule question se pose dans ce pourvoi: Y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation?

II. Dispositions législatives

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 50(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

329. (1) Subject to subsection (2), no husband or wife, during cohabitation, commits theft of anything that is by law the property of the other.

(2) A husband or wife commits theft who, intending to desert or on deserting the other or while living apart from the other, fraudulently takes or converts anything that is by law the property of the other in a manner that, if it were done by another person, would be theft.

(3) Every one commits theft who, during cohabitation of a husband and wife, knowingly

(a) assists either of them in dealing with anything that is by law the property of the other in a manner that would be theft if they were not married; or

(b) receives from either of them anything that is by law the property of the other and has been obtained from the other by dealing with it in a manner that would be theft if they were not married.

368. (1) Every one who, knowing that a document is forged,

(a) uses, deals with or acts on it,

as if the document were genuine, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

III. The Courts Below

A. *Provincial Court of Ontario*

BeGora Prov. Ct. J. convicted the appellant of using a forged document contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. Although Mrs. Salituro's testimony was essential to the appellant's conviction, no objection was taken to the admissibility of her evidence at trial.

B. *Court of Appeal for Ontario*

The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from conviction, but allowed his appeal from

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

^a *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

329. (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne commet, pendant la cohabitation, le vol d'une chose qui est, par la loi, la propriété de son conjoint.

^b (2) Commet un vol quiconque, voulant abandonner ou en abandonnant son conjoint, ou pendant qu'ils vivent séparément l'un de l'autre, prend ou détourne frauduleusement une chose qui, d'après la loi, appartient à son conjoint, d'une manière qui constituerait un vol, de la part de toute autre personne.

(3) Commet un vol quiconque, pendant la cohabitation d'un mari et d'une femme, sciemment:

^a soit aide l'un d'entre eux à disposer de toute chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre, d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol;

^b soit reçoit de l'un ou de l'autre une chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre et a été obtenue de l'autre en en disposant d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol.

368. (1) Quiconque, sachant qu'un document est contrefait, selon le cas:

^a s'en sert, le traite, ou agit à son égard;

comme si le document était authentique, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

III. Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour provinciale de l'Ontario*

^h Le juge BeGora de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable de s'être servi d'un document contrefait en violation de l'art. 368 du *Code criminel*. Bien que le témoignage de M^{me} Salituro ait été essentiel à la déclaration de culpabilité de l'appelant, aucune objection n'a été soulevée au procès quant à la recevabilité de ce témoignage.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario*

^j La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité de l'appelant mais elle a accueilli l'ap-

sentence: (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241 (hereinafter cited to C.C.C.). Galligan and Blair J.J.A. wrote separate concurring reasons dismissing the appeal; Carthy J.A. dissented.

(1) Reasons of Galligan J.A.

Galligan J.A. concluded that, as there were no sound reasons for applying the rule of spousal incompetence to spouses who are separated without reasonable hope of reconciliation, the rule should not be applied in this case.

Galligan J.A. began by noting that while the rule of spousal incompetence has been subject to much criticism, its continuing existence has been recognized by at least two recent Ontario Court of Appeal judgments. The only remaining rationale for the rule is that it supports marital harmony. Given that there is no marital harmony to preserve if spouses are separated without reasonable hope of reconciliation, Galligan J.A. concluded that there is no sound policy reason to apply the rule in this case.

Galligan J.A. cited the judgment of McLachlin J. in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, as support for the proposition that the courts may, in limited circumstances, change a rule of the common law. Acknowledging that such changes should be slow and incremental, Galligan J.A. concluded that the change proposed to the rule against spousal competence was a small step beyond the change to the common law already effected in *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), and in *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77 (N.S.S.C., App. Div.), of dissolving spousal immunity on divorce.

On the appeal from sentence, considering the facts that the accused had no previous record and that the pre-sentence report was a favourable one, Galligan J.A. varied the sentence from one year's imprisonment to a sentence of time already served.

pel quant à la sentence: (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241 (ci-après cité au C.C.C.). Les juges Galligan et Blair ont chacun rédigé des motifs concordants, le juge Carthy étant dissident.

(1) Les motifs du juge Galligan

Le juge Galligan conclut que, puisqu'il n'y a aucune raison valable d'appliquer la règle de l'incapacité du conjoint dans un cas de séparation des époux sans espoir raisonnable de réconciliation, cette règle ne doit pas s'appliquer en l'espèce.

Le juge Galligan fait d'abord observer que, malgré les nombreuses critiques dirigées contre la règle de l'incapacité du conjoint, sa survivance a été reconnue dans au moins deux arrêts récents de la Cour d'appel de l'Ontario. La seule justification encore invoquée à l'appui de cette règle est qu'elle favorise l'harmonie conjugale. Or, étant donné qu'il n'y a aucune harmonie conjugale à préserver si les conjoints sont séparés sans espoir raisonnable de réconciliation, le juge Galligan conclut qu'aucune raison valable ne justifie l'application de la règle en l'espèce.

Le juge Galligan cite le jugement du juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à l'appui de la proposition selon laquelle les tribunaux peuvent, dans des cas limités, modifier une règle de common law. Tout en reconnaissant que de tels changements doivent se faire lentement et progressivement, le juge Galligan conclut que la modification proposée à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner n'est qu'un petit pas au-delà de la modification de la common law résultant des arrêts *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.) et *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77 (C.S.N.É., Div. app.), et portant dissolution de l'immunité conjugale en cas de divorce.

Quant à l'appel de la sentence, le juge Galligan, tenant compte du fait que l'accusé ne possédait pas d'antécédents judiciaires et que le rapport présentenciel lui était favorable, substitue à la peine d'un an d'emprisonnement une peine correspondant à la période déjà purgée.

(2) Reasons of Blair J.A.

In a comprehensive judgment, Blair J.A. examined in detail the rationale for the common law rule, the evolution of the rule, the effects of legislative intervention, and the principles governing judicial changes to the common law. In the end, he concurred with his colleague Galligan J.A., and dismissed the appeal.

Blair J.A. found that the only policy rationale for the rule that survives is that the rule preserves marital harmony and he characterized this rationalization as unrealistic where spouses have separated. He cited at p. 354 the following passage from *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984):

(F)amily harmony is nearly always past saving when the spouse is willing to aid the prosecution. The privilege is an archaic survival of mystical religious dogma and of a way of thinking about the marital relation that is today outmoded.

Blair J.A. noted that the traditional exceptions to the common law rule have been expanded, and the scope of the rule restricted, by both s. 4 of the *Canada Evidence Act*, and recent judicial decisions. In *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (Ont. C.A.), and in *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283 (B.C.C.A.), the courts held that a spouse is competent and compellable even if the charge does not allege that the accused spouse had threatened the person, liberty or health of the other spouse, provided the evidence discloses such a threat. This result was the opposite to that which had been arrived at in England. Similarly, in *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that a wife was competent to testify against her husband accused of assault against a child of the marriage, adopting the earlier decision of Borins Co. Ct. J. in *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201 (Ont.).

In *R. v. Bailey, supra*, the Ontario Court of Appeal refused to follow the English Court of Criminal Appeal's decision in *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279, following instead the Nova Scotia Court of Appeal in *Marchand, supra*, and held that a divorced spouse was competent to testify against the other divorced

(2) Les motifs du juge Blair

Dans des motifs détaillés, le juge Blair analyse le fondement et l'évolution de la règle de common law, les effets de l'intervention législative et les principes régissant les changements judiciaires à la common law. En fin de compte, souscrivant aux motifs de son collègue Galligan, il rejette l'appel.

Le juge Blair conclut que le seul fondement rationnel encore invoqué à l'appui de cette règle est qu'elle préserve l'harmonie conjugale, rationalisation qu'il qualifie d'irréaliste lorsque les conjoints sont séparés. Le juge cite, à la p. 354, le passage suivant de *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984):

[TRADUCTION] (L)'harmonie familiale est presque toujours chose du passé lorsque le conjoint est prêt à aider la poursuite. Le privilège est une survivance archaïque de la mystique religieuse et d'une façon d'envisager la relation conjugale qui est aujourd'hui dépassée.

Le juge Blair souligne que les exceptions traditionnelles à la règle de common law ont été élargies et que la portée de la règle a été restreinte, tant par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* que par la jurisprudence récente. Ainsi, les arrêts *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (C.A. Ont.) et *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283 (C.A.C.-B.), ont décidé qu'un conjoint est habile et contraignable même s'il n'est pas allégué dans l'accusation que le conjoint accusé a menacé la personne, la liberté ou la santé de son conjoint, pourvu que l'existence d'une telle menace ressorte de la preuve. Ce résultat est contraire à celui auquel on est arrivé en Angleterre. De même, dans l'arrêt *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu qu'une femme était habile à témoigner contre son mari accusé de voies de fait sur un enfant issu du mariage, appliquant en cela la décision antérieure du juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201 (Ont.).

Dans l'arrêt *R. v. Bailey*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de suivre l'arrêt de la Court of Criminal Appeal d'Angleterre, *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279, suivant plutôt l'arrêt *Marchand*, précité, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et elle a conclu qu'un conjoint divorcé était habile à témoi-

spouse. Both the Ontario and Nova Scotia decisions looked to the underlying policy justification for the rule — the preservation of marital harmony — in arriving at their results.

Blair J.A. also observed that the common law rule of spousal incompetence is in need of legislative reform (at p. 357):

The present common law rule governing spousal testimony in criminal cases is almost universally recognized as archaic, anomalous and inconsistent with the factual and legal position of spouses in modern society. It cries out for comprehensive legislative reform. . . .

Blair J.A. then reviewed the history of legislative changes to the statutory scheme in s. 4 of the *Canada Evidence Act*. He concluded that the section has not been materially altered since 1906. The changes made to s. 4 have been peripheral (at p. 359):

Viewed in their proper context, it is clear that the amendments to s. 4 of the Act in this century do not have the sweeping effect attributed to them by Carthy J.A. The amendments were not made as parts of a comprehensive revision of the Act and the common law rule and its exceptions such as that recommended by the law reform reports referred to above. The amendments, on the contrary, were peripheral and largely consequential to amendments to the *Code*. They were made without any recorded consideration of the scope of the common law rule and the issues raised in this case. It is unrealistic to suggest that, when making these amendments, Parliament directed its mind to all the ramifications of the common law rule and its exceptions.

Blair J.A. also considered the role of the courts in effecting changes to the common law. In advancing the proposed change to the rule of spousal incompetence, Blair J.A. agreed with Borins Co. Ct. J. in *R. v. McNamara, supra*, that it was significant that the court was not being asked to abolish a rule of the common law, but to extend it. There are in fact no judicial decisions binding on the court holding that separated spouses are incompetent witnesses against

gner contre son ex-conjoint. Pour en arriver à ce résultat, les cours de l'Ontario et de la Nouvelle-Écosse ont toutes deux examiné la justification sous-tendant la règle, soit la préservation de l'harmonie conjugale.

Le juge Blair fait également observer que la règle de common law relative à l'incapacité du conjoint a besoin d'une réforme législative (à la p. 357):

[TRADUCTION] La règle de common law actuelle concernant le témoignage du conjoint dans les affaires criminelles est presque universellement considérée comme archaïque, anormale et incompatible avec la situation des conjoints, en droit et en fait, dans la société moderne. Elle commande une réforme législative en profondeur. . . .

Le juge Blair ensuite passe en revue l'histoire des modifications législatives de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en conclut que cet article n'a pas été modifié de manière substantielle depuis 1906, les changements apportés n'étant que marginaux (à la p. 359):

[TRADUCTION] Lorsqu'on les replace dans leur contexte, il est clair que les modifications apportées au cours de ce siècle à l'art. 4 de la Loi n'ont pas eu l'ampleur que leur attribue le juge Carthy. Ces modifications ne faisaient pas partie d'une réforme en profondeur de la Loi, de la règle de common law et de ses exceptions, que recommandaient les rapports sur la réforme du droit mentionnés précédemment. Il s'agissait, au contraire, de modifications marginales et pour la plupart corrélatives à des modifications apportées au *Code*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives. Il est irréaliste de croire qu'en apportant ces modifications, le Parlement a tenu compte de toutes les ramifications possibles de la règle de common law et de ses exceptions.

Le juge Blair s'est également penché sur le rôle des tribunaux dans le processus de modification de la common law. En présentant le changement proposé à la règle de l'incapacité du conjoint, le juge Blair s'est rangé à l'opinion qu'avait exprimée le juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara*, précitée, et selon laquelle il fallait souligner que la cour n'était pas appelée à abolir une règle de common law, mais plutôt à en étendre la portée. De fait, la cour

one another. Furthermore, the difficulties for courts in appreciating economic and policy issues, recognized by McLachlin J. in *Watkins*, *supra*, are not relevant in this case, because the change is not a dramatic one (at p. 361):

None of these practical impediments exist in the present case. This court, on the basis of the material before it, is quite capable of deciding that the extension of the exception to the common law rule of spousal testimonial incompetency of permanently and irrevocably separated spouses will operate beneficially to protect their interests and will conform with the realities of the present age. The extension of the exception in this case to separated spouses, whose legal status has been recognized by statute, flows naturally from our extension of the rule to divorced persons in *Bailey* . . .

Blair J.A. therefore dismissed the appeal and concurred in the disposition on sentence proposed by Galligan J.A.

(3) Dissenting Reasons of Carthy J.A.

Carthy J.A. agreed with his two colleagues that the common law rule of spousal incompetence is anachronistic and inappropriate for application to the facts of this particular case. He dissented on the grounds that Parliament has legislated and so given implicit recognition to the common law rule.

Carthy J.A. noted that the fact that Parliament has created specific statutory exceptions to the common law rule, "leaves no doubt that Parliament scrutinized the issue with knowledge and recognition of the limitations of the common law rule and exception" (p. 364). Carthy J.A. noted in particular the combined effect of s. 329 of the *Code* and s. 4(2) of the *Canada Evidence Act* as evidence that Parliament turned its mind expressly to the separation of spouses.

Carthy J.A. also noted that, while the effect of the decisions in *Bailey* and *Marchand*, *supra*, which created an exception to the rule for divorced spouses, was to harmonize the rule with the scope of the privi-

n'est liée par aucune décision portant que les conjoints séparés sont inhabiles à témoigner l'un contre l'autre. Au surplus, les difficultés que pose aux tribunaux l'appréciation des questions économiques et politiques, et dont faisait état le juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins*, précité, ne sont pas pertinentes en l'espèce, parce que le changement n'est pas radical (à la p. 361):

[TRADUCTION] Aucun de ces obstacles pratiques n'existe en l'espèce. Sur le fondement des documents qui lui ont été soumis, notre cour est capable de déterminer que l'extension de l'exception à la règle de common law concernant l'inhabilité à témoigner de conjoints séparés de façon permanente et irrévocable servira à protéger leurs intérêts et sera conforme aux réalités d'aujourd'hui. En l'espèce, l'extension de l'exception à des conjoints séparés, dont le statut est reconnu par la loi, découle naturellement de l'extension déjà apportée dans l'arrêt *Bailey*, dans le cas de personnes divorcées. . .

Le juge Blair rejette donc l'appel et souscrit au dispositif concernant la sentence proposé par le juge Galligan.

(3) Les motifs dissidents du juge Carthy

Le juge Carthy, comme ses deux collègues, estime que la règle de common law concernant l'inhabilité du conjoint à témoigner est anachronique et peu appropriée vu les faits de l'espèce. Sa dissidence tient à ce que le Parlement a légiféré et, de ce fait, implicitement reconnu cette règle.

Le juge Carthy souligne que, puisque le Parlement a créé des exceptions précises à la règle de common law, [TRADUCTION] «il est clair que le Parlement a minutieusement examiné la question en ayant à l'esprit et en reconnaissant les limites de la règle et de l'exception» (p. 364). Le juge Carthy souligne en particulier que l'effet conjugué de l'art. 329 du *Code* et du par. 4(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* prouve que le Parlement a pris expressément en considération l'hypothèse de la séparation des conjoints.

Le juge Carthy souligne également que bien que les arrêts *Bailey* et *Marchand*, précités, qui ont créé une exception à la règle pour les conjoints divorcés, aient eu pour effet d'harmoniser la règle avec le pri-

lege for marital communications, the proposed change would conflict with the legislative scheme by creating inconsistencies with s. 4(2) and (4) of the *Canada Evidence Act*, which make the "wife or husband" of a person charged with certain offences competent and compellable. These sections refer simply to "wife or husband" and not to a "separated" wife or husband. As a result, Carthy J.A. argued that, "[i]ncompetence under the common law rule would be for a more restricted period than the exceptions recited in s. 4(2) and (4) [of the *Canada Evidence Act*]" (p. 365).

Carthy J.A. also pointed to the fact that the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, encourages reconciliation until trial, in ss. 7 and 8. Carthy J.A. took this to mean that Parliament has emphasized that marriage lasts until divorce.

In the result, Carthy J.A. would have allowed the appeal and quashed the conviction.

IV. Issue

The only issue which arises in this appeal is the following:

Is the spouse of an accused a competent witness for the prosecution if he or she is separated from the accused without any reasonable possibility of reconciliation?

V. Analysis

I say at the outset that I would dismiss the appeal. In arriving at this result, I have considered three issues: the appropriate limits on the power of judges to change the common law, the policy rationale for the common law rule making a spouse (including an irreconcilably separated one) an incompetent witness, and whether it is appropriate to make the proposed change to the common law given the pattern of legislation that exists. I conclude that judges do have the power to make some changes to the common law, that there are sound policy reasons for making the proposed change in this case, and that the pattern of legislation does not indicate a contrary parliamentary

vilège des communications conjugales, le changement proposé serait contraire à l'économie de la loi car il créerait une incompatibilité avec les par. 4(2) et (4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels font du «conjoint» de la personne accusée de certaines infractions un témoin habile et contraignable. Dans ces paragraphes, il est question uniquement du «conjoint» et non du conjoint «séparé». Il en résulte, selon le juge Carthy, que [TRADUCTION] «[l']inhabilité suivant la règle de common law serait valable pour une période plus restreinte que les exceptions énumérées aux par. 4(2) et (4) [de la *Loi sur la preuve au Canada*]" (p. 365).

Le juge Carthy souligne également que les art. 7 et 8 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, encouragent la réconciliation jusqu'au procès. Selon lui, le Parlement a voulu faire ressortir ainsi que le mariage dure jusqu'au prononcé du divorce.

En conséquence, le juge Carthy était d'avis de rejeter l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité.

IV. Question en litige

La seule question en l'espèce est la suivante:

Le conjoint séparé de l'accusé sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation peut-il être témoin à charge contre son conjoint accusé?

V. Analyse

Je dirai d'emblée que je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Pour arriver à ce résultat, j'ai examiné trois questions: les limites à imposer au pouvoir des juges de changer la common law, le fondement de la règle de common law faisant du conjoint (y compris celui dont la séparation est irrémédiable) un témoin inhabile, et enfin l'opportunité d'apporter le changement proposé compte tenu de l'économie de la législation actuelle. Je conclus que les juges ont effectivement le pouvoir de modifier la common law, qu'il existe de solides raisons de faire le changement proposé en l'espèce et qu'on ne peut dégager de l'économie de la loi l'intention parlementaire contraire de préserver la

intention to preserve the common law rule. I shall now discuss each of these conclusions in turn.

A. *What Are the Limits on the Power of Judges to Change the Common Law?*

(1) Introduction

At one time, it was accepted that it was the role of judges to discover the common law, not to change it. In Book One of his *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Sir William Blackstone propounded a view of the common law as fixed and unchanging, at p. 69:

For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments, he being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.

However, Blackstone's static model of the common law has gradually been supplanted by a more dynamic view. This Court is now willing, where there are compelling reasons for doing so, to overturn its own previous decisions. Prior to the abolition of appeals to the Privy Council in 1949, this Court considered itself bound by its own prior decisions: *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516. However, since 1949, this Court has been prepared to overturn its own decisions in appropriate cases: see, for example, *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212, *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212, at pp. 219-20, and *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527. I note that similar developments have occurred in England. In 1966, the House of Lords issued a practice statement which reversed its long-standing practice of treating its own

règle de common law. Je me propose maintenant d'examiner séparément chacun de ces points.

A. *Quelles sont les limites au pouvoir des juges de modifier la common law?*

(1) Introduction

À une certaine époque, il était convenu que le rôle des juges consistait à découvrir la common law, et non à la modifier. Dans le Livre premier de ses *Commentaries on the Laws of England* (4^e éd. 1770), sir William Blackstone a exposé, à la p. 69, sa conception d'une common law fixe et immuable:

Car c'est une règle établie, de s'en tenir aux décisions antérieures, lorsque les mêmes points de contestation se représentent; tant pour maintenir ferme et égale la balance de la justice, et l'empêcher de se mouvoir en divers sens avec l'opinion de chaque juge nouveau, que, parce que la loi étant ainsi solennellement déclarée et déterminée, ce qui était auparavant incertain, peut-être même indifférent, devient alors une règle permanente, qu'il ne dépend plus de la conscience d'aucun des juges qui succéderont d'altérer ou de faire dévier, conformément à sa propre opinion; puisqu'il s'engage par serment à décider, non d'après son propre jugement particulier, mais en conformité des lois et coutumes du pays, sa mission étant de maintenir et de faire connaître l'ancienne loi, et non d'en prononcer une nouvelle.

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, aux pp. 104 et 105.)

Une conception plus dynamique, toutefois, a graduellement supplanté le modèle statique proposé par Blackstone. Notre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire. Avant l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, notre Cour s'estimait liée par sa propre jurisprudence: *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516. Depuis 1949 toutefois, elle s'est montrée prête à infirmer ses propres arrêts quand les circonstances l'exigeaient: voir par exemple *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, à la p. 212, *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212, aux pp. 219 et 220, et *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 527. Soulignons qu'une évolution semblable est survenue en Angleterre. En 1966, renonçant à une pratique séculaire, la Chambre des lords a déclaré que, désormais, elle ne

prior decisions as binding in every case. In *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, the court recognised that rigidly adhering to precedent could interfere with the proper development of the law (at p. 1234):

Their Lordships . . . recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

The High Court of Australia has adopted a similarly flexible approach to the common law in the wake of the abolition of appeals to the Privy Council in 1975: see *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

(2) Limits on the Power of the Courts to Change the Common Law

In keeping with these developments, this Court has signalled its willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large. In four recent cases, *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, *Watkins v. Olafson, supra*, *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, this Court has laid down guidelines for the exercise of the power to develop the common law. The common theme of these cases is that, while complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature, the courts can and should make incremental changes to the common law to bring legal rules into step with a changing society. However, a brief review of these cases is warranted.

The issue in *Ares, supra*, was whether it was appropriate to create a new exception to the hearsay rule for hospital records. Speaking for the Court, Hall J. adopted the reasons of Lord Donovan in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, and accepted that the proposed new exception was required in consequence of changes in the business environment which could not have been foreseen at the time the hearsay rule was being developed. Hall J.

s'estimerait plus liée, dans chaque cas, par la règle du précédent. Dans *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, la cour a reconnu que l'adhésion rigide à cette règle pouvait entraver l'évolution normale du droit (à la p. 1234) :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries [...] reconnaissent qu'une adhésion servile à la règle du précédent pourrait conduire à une injustice dans un cas particulier, en plus de limiter indûment l'évolution normale du droit. Elles proposent, par conséquent, de modifier leur pratique actuelle et, tout en continuant de se considérer normalement liées par les décisions antérieures de cette Chambre, de s'en écarter lorsqu'il convient de le faire.

La Haute Cour de l'Australie a adopté la même attitude souple à l'égard de la common law, à la faveur de l'abolition des appels au Conseil privé en 1975: voir *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

(2) Les limites au pouvoir des tribunaux de modifier la common law

En conformité avec cette évolution, notre Cour a manifesté sa volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général. Dans quatre arrêts récents, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, *Watkins c. Olafson*, précité, *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, notre Cour a énoncé des principes régissant l'exercice du pouvoir de faire évoluer la common law. Ces arrêts ont un thème en commun, savoir que s'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux. Il convient, toutefois, d'examiner brièvement ces arrêts.

Dans l'arrêt *Ares*, précité, il fallait déterminer s'il y avait lieu de créer une nouvelle exception à la règle du ouï-dire pour les dossiers d'hôpitaux. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Hall a fait siens les motifs de lord Donovan dans l'arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, et a convenu que la nouvelle exception proposée s'imposait en raison des changements survenus dans les entreprises, lesquels étaient imprévisibles à l'époque

rejected the argument that changes to the common law can only be made by Parliament. In support of his decision making hospital records admissible under a new exception to the hearsay rule, Hall J. quoted the following passage from the reasons of Lord Donovan in *Myers* at p. 1047:

The common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds. Particularly is this so in the field of procedural law.

Hall J. followed the minority in *Myers*. However, the majority in *Myers* was not of the opinion that the courts should never change common law rules, but only of the view that a change was not appropriate under the circumstances of the case. In the words of Lord Reid, at p. 1021:

I have never taken a narrow view of the functions of this House as an appellate tribunal. The common law must be developed to meet changing economic conditions and habits of thought, and I would not be deterred by expressions of opinion in this House in old cases. But there are limits to what we can or should do. If we are to extend the law it must be by the development and application of fundamental principles. We cannot introduce arbitrary conditions or limitations: that must be left to legislation.

The more recent decision of this Court in *Watkins v. Olafson*, *supra*, provides some indication of the proper limits on the power of the judiciary to change existing law. At issue was an award of damages in a tort action. The Manitoba Court of Appeal had set aside a lump sum payment for future care and substituted periodic payments. Also questioned in the appeal to this Court was the appropriateness of the "gross-up" for taxation allowed by the trial judge.

McLachlin J. reinstated the lump sum payment awarded by the trial judge, on the grounds that the change made to the law by the Court of Appeal was the kind of major revision which should properly be

où la règle du oui-dire avait été formulée. Le juge Hall a rejeté l'argument suivant lequel seul le Parlement pouvait changer la common law. À l'appui de sa décision de déclarer recevables les dossiers de l'hôpital, en vertu d'une nouvelle exception à la règle du oui-dire, le juge Hall a cité le passage suivant des motifs de lord Donovan dans *Myers*, à la p. 1047:

[TRADUCTION] Ce sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la procédure.

Le juge Hall a suivi l'opinion minoritaire exprimée dans l'arrêt *Myers*. Du reste, la majorité des juges dans cet arrêt n'étaient pas d'avis que les tribunaux ne devaient jamais modifier les règles de common law, mais simplement qu'un changement n'était pas approprié en l'espèce. Selon lord Reid, à la p. 1021:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais eu une conception étroite des fonctions de cette Chambre comme tribunal d'appel. Une évolution de la common law s'impose pour parer aux changements dans le domaine économique et dans les mentalités des gens, et je ne m'en laisserais pas détourner par les opinions exprimées en cette Chambre dans le passé. Mais nos pouvoirs et nos devoirs ont des limites. Si nous devons apporter un élargissement à la loi, il nous faut y arriver par le développement et l'application de principes fondamentaux. Nous ne pouvons introduire des conditions ou restrictions arbitraires: cela doit être laissé au législateur.

Dans un arrêt plus récent, *Watkins c. Olafson*, précité, notre Cour fournit des indications quant aux limites à apporter au pouvoir judiciaire de changer le droit existant. Le litige dans cette affaire concernait l'adjudication de dommages-intérêts dans une action en responsabilité délictuelle. La Cour d'appel du Manitoba avait annulé le paiement d'une somme forfaitaire pour soins futurs et lui avait substitué des versements périodiques. Était également en question devant notre Cour le bien-fondé de la «majoration» de l'indemnité pour fins d'impôt accordée par le juge de première instance.

Le juge McLachlin a rétabli le paiement de la somme forfaitaire adjugée par le juge de première instance, en faisant valoir que le changement apporté par la Cour d'appel était du genre qu'il convenait de

left to the legislature. She held that the courts should not effect major changes to the law with complex ramifications (at pp. 760-61):

This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision

laisser au législateur. Elle estimait que les tribunaux devaient s'abstenir d'apporter des modifications majeures susceptibles d'avoir des ramifications complexes (aux pp. 760 et 761):

^a Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

^d Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principes qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

^j Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des