

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Obed Ebenezer Gardiner** *Respondent*.

File No.: 15806.

1981: November 23; 1982: August 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Appeal — Criminal law — Supreme Court of Canada jurisdiction — Whether jurisdiction to entertain appeal against sentence — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended, s. 41 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 614, 618.*

*Criminal law — Indictable offence — Plea of guilty — Sentencing — Proper standard of proof of disputed aggravating facts.*

Following respondent's guilty plea, the trial judge, in the course of sentencing, assessed conflicting testimony given by the victim and the respondent as to the gravity of the offence. He found that the Crown need only prove the aggravating facts on a balance of probabilities, accepted the victim's version and sentenced the respondent. The Court of Appeal allowed respondent's appeal holding that the Crown must prove the aggravating facts beyond a reasonable doubt and reduced the sentence. This appeal raises two issues: (1) whether the Supreme Court of Canada has jurisdiction to entertain appeals arising out of sentencing and (2) if so, whether the Crown must prove aggravating facts beyond a reasonable doubt or upon a balance of probabilities.

*Held* (Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. dissenting as to jurisdiction): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Ritchie, Dickson and Chouinard JJ.: Appeals against sentence are included under s. 41(1) and not excluded by s. 41(3) of the *Supreme Court Act*. An expansive reading of s. 41(1) enables this Court to discharge its role better. Although the Court has the jurisdiction to assess fitness or quantum of sentence, as a matter of policy it should not do so. The rule against assessing fitness does not, however, exclude the assessment of important questions of law arising out of sen-

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Obed Ebenezer Gardiner** *Intimé*.

N° du greffe: 15806.

1981: 23 novembre; 1982: 9 août.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

*Appel — Droit criminel — Compétence de la Cour suprême du Canada — Compétence pour entendre un appel formé à l'encontre d'une sentence — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications, art. 41 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 614, 618.*

*Droit criminel — Acte criminel — Plaidoyer de culpabilité — Etablissement de la sentence — Norme de preuve applicable aux circonstances aggravantes contestées.*

L'intimé ayant plaidé coupable, le juge du procès a, dans l'établissement de la sentence, apprécié les témoignages contradictoires de la victime et de l'intimé relativement à la gravité de l'infraction. Il a conclu que la poursuite peut s'en tenir à la preuve des faits aggravants selon la prépondérance des probabilités, puis a accepté la version de la victime et a rendu la sentence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé en disant que la poursuite doit prouver les faits aggravants hors de tout doute raisonnable et a réduit la sentence. Le présent pourvoi soulève deux questions: 1) la Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre des appels qui résultent de l'établissement de la sentence et 2) le cas échéant, la poursuite doit-elle prouver les faits aggravants hors de tout doute raisonnable ou selon la prépondérance des probabilités?

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre sont dissidents sur la question de la compétence): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Martland, Ritchie, Dickson et Chouinard: Les pourvois à l'encontre de la sentence sont visés au par. 41(1) et ne sont pas exclus par le par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Une interprétation libérale du par. 41(1) permet à cette Cour de mieux remplir son rôle. Bien que la Cour ait compétence pour évaluer la justesse ou l'importance d'une sentence, en principe, elle ne devrait pas le faire. La règle à l'encontre de l'évaluation de la justesse de la sentence ne doit cependant pas

tencing. The leave granting process is available to screen out these cases which do not give rise to legal issues of high importance. In this case the question of the proper standard of proof raises an issue of the legality, not the fitness of the sentence.

[*Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *Smith v. The Queen*, [1959] S.C.R. 638; *Parkes v. The Queen*, [1956] S.C.R. 134, followed; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60; *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359; *R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831; *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452, not followed; *Goldhamer v. The King*, [1924] S.C.R. 290, considered; *Lake Erie and Detroit River Railway Co. v. Marsh* (1904), 35 S.C.R. 197; *United States of America v. Link and Green*, [1955] S.C.R. 183; *Ottawa Electric Co. v. Brennan* (1901), 31 S.C.R. 311; *Furlan v. City of Montreal*, [1947] S.C.R. 216; *Chagnon v. Normand* (1889), 16 S.C.R. 661; *Cully v. Ferdais* (1900), 30 S.C.R. 330; *McKenzie v. Hiscock*, [1967] S.C.R. 781; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47; *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, referred to.]

In deciding disputed facts in sentencing, a trial judge should not depart from the traditional criminal standard of proof beyond a reasonable doubt. Sentencing is the critical stage of the criminal process. Facts which justify the sanction are no less important than facts which justify the conviction. Crime and punishment are inextricably linked. Both the informality of the sentencing procedure as to the admissibility of evidence and the wide discretion given to the trial judge in imposing sentence militate in favour of the retention of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt.

[*R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7, overruled; *R. v. Sayer*, Ont. C.A., released February 27, 1976; *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L.R. 648; *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457; *R. v. Maitland*, [1963] S.A.S.R. 332; *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374; *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110; *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116; *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217; *R. v. Stehbens* (1976), 14 S.A.S.R. 240; *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W.

exclure l'examen des questions de droit importantes qui découlent de l'établissement de la sentence. Le processus d'autorisation permet d'éliminer les pourvois qui ne soulèvent pas de questions de droit importantes. En l'espèce, la question de la norme de preuve applicable soulève la question de la légalité de la sentence, non de sa justesse.

[Jurisprudence: arrêts suivis: *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *Smith c. La Reine*, [1959] R.C.S. 638; *Parkes c. La Reine*, [1956] R.C.S. 134; arrêts non suivis: *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 60; *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359; *R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831; *Paul c. La Reine*, [1960] R.C.S. 452; arrêt examiné: *Goldhamer c. Le Roi*, [1924] R.C.S. 290; arrêts mentionnés: *Lake Erie and Detroit River Railway Co. c. Marsh* (1904), 35 R.C.S. 197; *United States of America c. Link and Green*, [1955] R.C.S. 183; *Ottawa Electric Co. c. Brennan* (1901), 31 R.C.S. 311; *Furlan c. Ville de Montréal*, [1947] R.C.S. 216; *Chagnon c. Normand* (1889), 16 R.C.S. 661; *Cully c. Ferdais* (1900), 30 R.C.S. 330; *McKenzie c. Hiscock*, [1967] R.C.S. 781; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47; *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265.]

Lorsqu'il décide des faits contestés dans l'établissement de la sentence, le juge du procès ne doit pas s'écarter de la norme de preuve traditionnelle en matière criminelle qui est la preuve hors de tout doute raisonnable. La détermination de la sentence est une étape décisive du processus en matière pénale. Les faits qui justifient la peine ne sont pas moins importants que ceux qui justifient la déclaration de culpabilité; l'infraction et la peine sont inextricablement liées. Aussi bien le caractère non formaliste du processus de sentence quant à la recevabilité de la preuve que le large pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge du procès quant à l'imposition de la sentence militent en faveur du maintien de la norme de preuve en matière criminelle, c'est-à-dire la preuve hors de tout doute raisonnable.

[Jurisprudence: arrêt rejeté: *R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7; arrêts mentionnés: *R. v. Sayer*, C.A. Ont., prononcé le 27 février 1976; *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L.R. 648; *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457; *R. v. Maitland*, [1963] S.A.S.R. 332; *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374; *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110; *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116; *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217; *R. v. Stehbens* (1976), 14

L.R. 582; *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110; *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114; *R. v. Browne*, [1950] N.I.L.R. 20; *R. v. McKee*, [1947] N.I.L.R. 27; *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272; *R. v. Christopher*, Alta. C.A., unreported; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Wettlaufer*, 6 W.C.B. 311; *R. v. Parenteau*, (1980), 52 C.C.C. (2d) 188; *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Boileau*; *R. v. Lepine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189; *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461; *R. v. Sadler*, Engl. C.A. (Crim. Div.), November 22, 1973; *R. v. Miller, Vella and Walker*, Engl. C.A. (Crim. Div.), December 2, 1974; *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144; *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E.R. 1230; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213; *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949), referred to.]

*Per* Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. (*dissenting*): This Court has no appellate jurisdiction to assess the quantum of a sentence and cannot acquire it by reason of alleged errors in the courts below in arriving at or in fixing the quantum. Here, the sentence imposed by the trial judge and reduced by the Court of Appeal was within the statutory limits of the offence. There was no question of legality—in the sense of the legal right to impose the particular sentence—or of constitutionality. This Court is a statutory court with circumscribed jurisdiction in criminal matters (s. 618 *Cr. C.*) and s. 41(1) of the *Supreme Court Act* should not be opened to matters outside of the *Criminal Code* unless they relate to constitutionality or legality.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1979), 52 C.C.C. (2d) 183, allowing respondent's appeal from the sentence imposed following his plea of guilty of a charge of assault causing bodily harm. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. dissenting on the question of jurisdiction.

*S. Casey Hill*, for the appellant.

*Clayton C. Ruby*, for the respondent.

S.A.S.R. 240; *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W. L.R. 582; *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110; *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114; *R. v. Browne*, [1950] N.I.L.R. 20; *R. v. McKee*, [1947] N.I.L.R. 27; *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272; *R. v. Christopher*, C.A. Alb., inédit; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *R. v. Wettlaufer*, 6 W.C.B. 311; *R. v. Parenteau* (1980), 52 C.C.C. (2d) 188; *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Boileau*; *R. v. Lepine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189; *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461; *R. v. Sadler*, C.A. Angl. (Div. crim.), 22 novembre 1973; *R. v. Miller, Vella and Walker*, C.A. Angl. (Div. crim.), 2 décembre 1974; *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144; *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E.R. 1230; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213; *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949).]

*Le* juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre (*dissidents*): Cette Cour n'a pas de compétence en matière d'appel pour se prononcer sur l'importance d'une sentence et ne peut l'acquérir à cause d'erreurs que les cours d'instance inférieure auraient commises en déterminant l'importance de la sentence. En l'espèce, la sentence imposée par le juge du procès et réduite par la Cour d'appel respecte les limites de sentence spécifiées pour l'infraction. Il n'est pas question de légalité, c'est-à-dire du droit d'imposer une sentence particulière, ni de constitutionnalité. Cette Cour est une cour créée par la loi, dont la compétence en matière criminelle est limitée (art. 618 *C. cr.*), et le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne devrait pas s'appliquer à des points qui ne relèvent pas du *Code criminel* à moins qu'ils ne touchent la constitutionnalité ou la légalité.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 52 C.C.C. (2d) 183, qui a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre de la sentence imposée suite à son plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre sont dissidents sur la question de la compétence.

*S. Casey Hill*, pour l'appelante.

*Clayton C. Ruby*, pour l'intimé.

The reasons of Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This case raises an important question of jurisdiction, a question that is open notwithstanding that leave to appeal has been given: *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144; *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359; *R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831. The jurisdictional issue, raised by the Court  *suo motu*, is simply whether this Court, a statutory Court, is entitled to entertain an appeal as to the proper standard of proof of disputed facts in a sentencing proceeding in respect of an indictable offence to which the accused pleaded guilty.

Counsel for the parties were alerted in advance that jurisdiction would be put in issue when the appeal came on for hearing, notwithstanding that the matter was not raised on the application for leave to appeal nor considered by them in their factums. However, after argument on jurisdiction the Court reserved judgment and felt it advisable to hear the parties on the merits since they had prepared their submissions without concern for jurisdiction, relying, of course, on the fact that leave to appeal had been given. Judgment was also reserved on the merits but they will only be reached if jurisdiction exists, and so I turn to consider that question. I should say at the outset that this is a case which both the Crown appellant and the respondent wish to have decided on the merits, and they joined in contending that this Court had jurisdiction to that end.

It has been and is the view of this Court that it has no jurisdiction to deal with the quantum of a sentence, whether too heavy a penalty was imposed or too light a penalty, so long as it was within the statutory limits. This follows from s. 618 of the *Criminal Code* in respect of sentences for indictable offences and from the view taken of s. 41(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 in respect of the quantum of a sentence imposed upon a summary conviction. Moreover, this Court has not viewed its general jurisdictional authority in appeals under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*

Version française des motifs du juge en chef Laskin et des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Le présent pourvoi soulève une importante question de compétence, qu'il faut résoudre même si l'autorisation d'appel a été accordée : *R. c. Warner*, [1961] R.C.S. 144; *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359; *R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831. La question de compétence, que la Cour a soulevée de son propre chef, est simplement de savoir si cette Cour, créée par la loi, peut entendre un appel quant à la norme de preuve applicable aux faits contestés dans une procédure relative à la sentence imposée pour un acte criminel dont l'accusé s'est reconnu coupable.

Nous avons prévenu les avocats des parties que la question de compétence serait soulevée au moment de procéder à l'audition du pourvoi même s'ils ne l'avaient pas eux-mêmes soulevée dans la demande d'autorisation d'appel ni mentionnée dans leurs mémoires. Cependant, après les plaidoiries sur la question de compétence, la Cour l'a prise en délibéré et elle a jugé préférable d'entendre les parties sur le fond étant donné qu'elles avaient préparé leurs mémoires sans égard à la compétence qu'elles avaient tenue pour acquise vu que l'autorisation d'appel avait été accordée. Après ces plaidoiries sur le fond, la Cour a également pris cette question en délibéré et elle ne statuera sur celle-ci que si elle conclut qu'elle a compétence. Je vais donc aborder cette question. Je dois dire d'abord que tant la poursuite appelante que l'intimé souhaitent que la Cour se prononce sur le fond et que tous deux soutiennent que cette Cour est compétente à cette fin.

Cette Cour a considéré et considère toujours qu'elle n'est pas compétente pour examiner l'importance d'une sentence, considérée trop sévère ou trop légère, dans la mesure où cette sentence respecte les limites de la loi. Cela découle de l'art. 618 du *Code criminel* quant aux sentences applicables aux actes criminels et de l'interprétation donnée au par. 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, quant à l'importance d'une sentence imposée par suite d'une déclaration sommaire de culpabilité. De plus, cette Cour n'a pas considéré que sa compétence générale

as empowering it to entertain appeals as to the quantum of a legal sentence, although as Cartwright C.J. noted in *R. v. MacDonald, supra*, at p. 842, the words of the subsection are literally wide enough to embrace such appeals. Section 41(1) in its present formulation reads as follows:

41. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

I would refer also to s. 41(3) which is in these words:

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

It is only fair to say that there has been no consistency in this Court in its approach to sentence questions, whether arising in relation to a sentence upon a conviction of an indictable offence or arising in relation to a sentence of preventive detention upon a finding that an accused is an habitual criminal. I shall come to the authorities shortly, but the important point to note in respect of what I have called inconsistency is that the issue of quantum appears to have been suppressed in some instances when it has been alleged that a question of law has arisen in a sentence proceeding, as it is alleged to arise here in respect of the proper standard of proof to be met by the Crown, when seeking a heavier sentence because of

en matière d'appel, qu'elle possède en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, lui permet d'entendre des appels portant sur l'importance d'une sentence légale, même si le juge en chef Cartwright a souligné dans l'arrêt *R. c. MacDonald, précité*, à la p. 842, que les termes du paragraphe sont suffisamment généraux pour viser de tels appels. Le paragraphe 41(1) actuel se lit comme suit:

41. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question, ou par l'un des juges de cette cour, que l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

Je citerai également le par. 41(3) qui se lit comme suit:

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Il n'est que juste d'affirmer que cette Cour a manqué de constance dans sa façon d'aborder les questions de sentences, qu'il s'agisse de sentences imposées par suite d'une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel ou de sentences de détention préventive d'un accusé déclaré repris de justice. J'aborderai la jurisprudence un peu plus loin, mais le point important à souligner par rapport à ce que j'ai qualifié d'inconstance est qu'on ne semble pas avoir pris en considération la question de l'importance des sentences dans certains cas où l'on a prétendu que la procédure relative à une sentence soulevait un point de droit comme celui qui serait soulevé en l'espèce quant à la norme de preuve à laquelle la poursuite doit satis-

aggravating circumstances which are disputed.

There is a central and, to me, a dominating point to be made. If this Court, as is conceded, has no appellate jurisdiction to assess the quantum of a sentence *simpliciter*, I do not see how it can acquire it by reason of alleged errors in the courts below in arriving at or in fixing quantum. There is some analogy here—I do not press it as perfect—with administrative law cases where, in order to overcome the effect of a privative clause, errors in the course of a proceeding are raised to the stature of jurisdictional errors when it is clear that the statutory body had jurisdiction to deal with the issues before it and was entitled to be wrong without courting review for errors of law.

A provincial court of appeal has jurisdiction, expressly given, to entertain an appeal against sentence upon a conviction of an indictable offence if leave to appeal is given by the court or a judge thereof, unless the sentence is one fixed by law: see *Criminal Code*, s. 603(1)(b) and s. 605(1)(b). Leave is generally sought at the time a sentence appeal comes on for hearing, and it is rarely refused. That, at least, was my own experience as a member of the Ontario Court of Appeal for almost five years. Rules of Court govern the procedure on appeal and the time period within which leave must be sought, but the time may be extended: see *Criminal Code*, s. 607(1) and (2). Excessive delay may well be a ground for refusing leave or refusing to extend the time but this, I understand, is not frequent. The courts of appeal prefer, in the interests of fairness, to dispose of sentence appeals on their merits. There is no such general appellate authority in respect of sentence conferred upon the Supreme Court of Canada.

The leading case in this Court on sentence appeals under the equivalent of our present statu-

faire si elle veut obtenir une sentence plus sévère en raison de circonstances aggravantes qui sont contestées.

a Il y a un point capital et, à mon avis, dominant qui doit être expliqué. Si, comme on le reconnaît, cette Cour n'a pas de compétence en matière d'appel pour se prononcer sur l'importance d'une sentence en soi, je ne vois pas comment elle pourrait l'acquiescer à cause d'erreurs que les cours d'instance inférieure auraient commises en déterminant l'importance de la sentence. Il y a une analogie ici — que je ne prétends pas parfaite — avec les affaires de droit administratif où, pour se soustraire aux effets d'une clause privative, on élève les erreurs commises au cours d'une procédure au rang d'erreurs de compétence alors qu'il est manifeste que l'organisme administratif avait compétence pour statuer sur les questions dont il était saisi et qu'il pouvait se tromper sans s'exposer à une révision pour erreur de droit.

e Une cour d'appel provinciale a la compétence, qui lui est expressément attribuée, pour entendre l'appel d'une sentence rendue par suite d'une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel si la cour ou l'un de ses juges a accordé l'autorisation d'en appeler, à moins que la sentence ne soit de celles que fixe la loi: voir les al. 603(1)(b) et 605(1)(b) du *Code criminel*. L'autorisation est généralement demandée au moment où l'appel de la sentence vient à audience et il est rare qu'elle soit refusée. C'est du moins ce qui s'est produit pendant les quelque cinq années où j'ai siégé à la Cour d'appel de l'Ontario. Les règles de la cour déterminent la procédure d'appel et le délai imparti pour demander l'autorisation d'appeler, mais il peut y avoir prorogation de ce délai: voir les par. 607(1) et (2) du *Code criminel*. Le retard indu peut bien constituer un motif de refus d'autorisation ou de refus de prorogation de délai, mais, si je comprends bien, cela ne se produit pas souvent. Les cours d'appel préfèrent, pour des motifs d'équité, trancher les appels de sentences sur le fond. La Cour suprême du Canada n'a pas de compétence aussi générale en matière d'appel à l'égard des sentences.

j L'arrêt qui fait autorité en cette Cour pour ce qui est des appels de sentences interjetés en vertu

tory authority has been *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60. It was distinguished, and in my opinion properly so, in *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; and on a rehearing, *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827, which I will consider in due course. In the *Hill* cases, Pigeon J. spoke for the whole Court on the question of its jurisdiction to entertain an appeal from a determination of the provincial Court of Appeal that it had the power to increase a sentence imposed upon an accused upon a motion to that end by the Crown made during the hearing of a sentence appeal by the accused alone. Although I was in a minority of four on the question of the Court of Appeal's power, I subscribed fully to the view expressed by Pigeon J. that this Court had jurisdiction because it was not called on to deal with a sentence appeal but with the legal authority of the provincial court of appeal. In the course of his reasons, Pigeon J. canvassed the cases on the issue now before us and he has, in so doing, relieved me of the necessity of going through them as meticulously as he did. Nonetheless, I do wish to review them to provide perspective for the present case.

*Goldhar* was an application for leave to appeal heard by a Bench of five. Fauteux J., as he then was, delivered the judgment of the Court (Cartwright J., as he then was, alone dissenting) and he held that this Court had no jurisdiction to entertain an appeal against a sentence imposed on a conviction of an indictable offence. I disagree with Pigeon J.'s observation in the *Hill* cases that *Goldhar* was not binding and should not be followed. Although I said in my reasons in the first *Hill* hearing, at p. 830, that I agreed with Pigeon J. that *Goldhar* should be overruled, this was only in the context of the issue in the *Hill* case and only in so far as *Goldhar* might be taken as prohibiting an appeal to this Court on the legality of a sentence or on the power of a Court to increase a sentence against which no appeal was taken. I can agree that *Goldhar* was not binding (none of our decisions now are, theoretically, binding) but it was unnecessary to say that it should not be followed when the *Hill* cases were of a completely

de l'article équivalent de notre loi constitutive actuelle est l'arrêt *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 60. Il a fait l'objet d'une distinction, avec raison à mon avis, dans l'arrêt *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827 et, lors d'une nouvelle audition, *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, que je commenterai en temps opportun. Dans les arrêts *Hill*, le juge Pigeon a rédigé l'opinion de la Cour au complet sur la question de la compétence de cette dernière pour entendre un appel de la décision d'une cour d'appel provinciale portant que celle-ci pouvait imposer une sentence plus sévère par suite d'une requête à cette fin soumise par la poursuite à l'audition de l'appel de la sentence interjeté par l'accusé seul. Bien que j'aie été l'un des quatre juges dissidents sur la question du pouvoir de la cour d'appel, j'ai souscrit entièrement à l'avis du juge Pigeon selon lequel cette Cour avait compétence parce qu'elle était appelée à statuer non pas sur l'appel d'une sentence, mais sur la compétence de la cour d'appel provinciale. Dans ses motifs, le juge Pigeon a analysé la jurisprudence relative à la question qui nous est soumise en l'espèce et, pour cette raison, il ne m'est pas nécessaire de l'analyser aussi méticuleusement qu'il l'a fait. Néanmoins, je tiens à l'étudier pour mieux situer la présente affaire.

L'affaire *Goldhar* portait sur une demande d'autorisation d'appel soumise à une formation de cinq juges. Le juge Fauteux, alors juge puîné, a rédigé les motifs de la Cour, (le juge Cartwright, alors juge puîné, étant le seul dissident) et il a statué que cette Cour n'était pas compétente pour entendre l'appel d'une sentence imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. Je ne souscris pas à l'observation du juge Pigeon dans les arrêts *Hill*, portant que l'arrêt *Goldhar* ne lie pas la Cour et ne doit pas être suivi. Bien que j'aie dit dans mes motifs relatifs à la première audition de l'affaire *Hill*, à la p. 830, que j'étais d'accord avec le juge Pigeon pour renverser l'arrêt *Goldhar*, ce n'était qu'en fonction de la question soulevée dans l'affaire *Hill* et que dans la mesure où l'arrêt *Goldhar* pourrait être interprété comme empêchant d'interjeter appel à cette Cour sur la légalité d'une sentence ou sur le pouvoir d'une cour d'accroître une sentence qui n'a fait l'objet d'aucun appel. Je puis accepter que l'arrêt

different order than *Goldhar*.

*Goldhar* was decided at a time when the *Supreme Court Act* contained as s. 41(1) a provision which, for present purposes, was similar to the present section above quoted. It was preceded by *Goldhamer v. The King*, [1924] S.C.R. 290, an easier case for rejecting jurisdiction as to sentence, because when it was decided there was no provision in the *Supreme Court Act* conferring jurisdiction on this Court in criminal matters, nor was the Act even neutral as it now literally is, because it expressly excluded criminal causes from its conferment of appellate jurisdiction. Reliance had to be placed therefore on the then equivalent of the present s. 618 which spoke, *inter alia*, of appeals by leave from judgments setting aside or affirming a conviction of an indictable offence. Hence, jurisdiction was denied to entertain an appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal increasing a sentence. *Goldhamer* was, quite clearly, an easier case for refusal of jurisdiction than *Goldhar*.

Prior to *Goldhar* but after the introduction of s. 41(1) jurisdiction, this Court was called on to deal with an application for leave to appeal in *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, reported on the merits only. Pigeon J.'s research in the *Hill* cases disclosed that the question of the Court's jurisdiction was raised on the application for leave and, indeed, there was re-argument before leave to appeal was granted, the Court's Minute Book carrying a note that the majority of the Court was of the opinion that it had jurisdiction. What was put in issue in the *Goodyear Tire* case was an order of prohibition under the *Combines Investigation Act* following a conviction upon an indictment for an offence under the Act. The Court of Appeal of Ontario

*Goldhar* ne liait pas la Cour (aucun de nos arrêts ne la lie maintenant en théorie) mais il était inutile de dire qu'il ne devait pas être suivi alors que les affaires *Hill* étaient d'un tout autre ordre que l'affaire *Goldhar*.

L'arrêt *Goldhar* a été rendu à un moment où la *Loi sur la Cour suprême* comportait, au par. 41(1), une disposition qui, pour les fins des présentes, était semblable au paragraphe actuel déjà cité. Il avait été précédé de l'arrêt *Goldhamer c. Le Roi*, [1924] R.C.S. 290, où il avait été plus facile de conclure à l'absence de compétence quant aux sentences puisque, à ce moment-là, la *Loi sur la Cour suprême* ne comportait pas de disposition attributive de compétence à cette Cour en matière criminelle. La Loi n'était pas non plus neutre comme elle l'est littéralement aujourd'hui parce qu'elle excluait expressément les affaires criminelles de son attribution de compétence en matière d'appel. Il fallait donc invoquer l'article équivalant à l'art. 618 actuel qui parlait notamment d'appels avec autorisation contre des jugements confirmant ou infirmant une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. En conséquence, on a conclu à l'absence de compétence pour entendre un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui imposait une sentence plus sévère. Il était très clairement plus facile de conclure à l'absence de compétence dans l'arrêt *Goldhamer* que dans l'arrêt *Goldhar*.

Avant l'arrêt *Goldhar* mais après l'attribution de compétence en vertu du par. 41(1), cette Cour a eu à trancher une demande d'autorisation d'appel dans l'affaire *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1956] R.C.S. 303, dont seul le jugement sur le fond est publié. Les recherches que le juge Pigeon a effectuées dans le cadre des affaires *Hill* ont révélé que la question de la compétence de la Cour avait été soulevée à l'occasion de la demande d'autorisation et qu'il y avait même eu de nouvelles auditions avant que l'autorisation d'appel ne soit accordée. Le registre du greffier de la Cour porte une note selon laquelle la Cour à la majorité était d'avis qu'elle avait compétence. L'affaire *Goodyear Tire* porte sur une ordonnance de prohibition rendue en vertu de la



treated the appeal to it as a sentence appeal, under a relevant definition, and it is clear that the appeal to this Court was pursuant to s. 41 of the *Supreme Court Act*. In so far as Pigeon J. intimates in the *Hill* cases that this Court was giving leave in a sentence matter, I disagree with him. The real issue in this Court in the *Goodyear Tire* case was the constitutionality of a prohibitory order forbidding the repetition of the offence of which the corporation had been convicted. That was surely a question within the competence of this Court, and the granting of leave had nothing to do with the fact that the prohibitory order was characterized as a sentence for the purposes of an appeal to the Ontario Court of Appeal.

*Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452 was decided shortly after *Goldhar* and it affirmed the principle of *Goldhar* in relation to a summary conviction matter that cases which fell outside of s. 41(3) were not on that account brought within s. 41(1), any more than were cases of indictable offences which fell outside of what is now s. 618 of the *Criminal Code*. *Paul v. The Queen* was not an attempted sentence appeal in the same sense as *Goldhar* but was rather a case where the provincial Court of Appeal refused to hear an appeal in respect of a summary conviction or, alternatively, refused to hear an appeal from the dismissal of an appeal in the matter to a County Court Judge. As such, notwithstanding that it was a bare majority decision, it is squarely within this Court's plurality decision in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639 where this Court held that it had no jurisdiction to give leave to appeal from a decision of the Federal Court of Appeal from the latter's refusal to grant leave to it where such leave was required to entitle that Court to deal with the case. Hence, the denial of leave in the *Paul* case does not, under our present view, depend on whether a matter of sentence is involved but would equally result where required leave to appeal on any matter is denied by an appellate

*Loi des enquêtes sur les coalitions* par suite d'une déclaration de culpabilité relative à une infraction à la Loi. La Cour d'appel de l'Ontario a traité l'appel porté devant elle comme s'il s'agissait de l'appel d'une sentence, conformément à une définition pertinente, et il est manifeste que l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* a servi de fondement au pourvoi en cette Cour. Dans la mesure où le juge Pigeon laisse entendre, dans les arrêts *Hill*, que cette Cour autorisait alors l'appel d'une sentence, je suis en désaccord avec lui. Le véritable point litigieux dont était saisie cette Cour dans l'affaire *Goodyear Tire* était la constitutionnalité d'une ordonnance de prohibition interdisant la répétition de l'infraction dont la société avait été reconnue coupable. Cette question relevait certainement de la compétence de cette Cour et l'autorisation d'appel n'avait rien à voir avec le fait que l'ordonnance de prohibition avait été qualifiée de sentence aux fins de l'appel à la Cour d'appel de l'Ontario.

L'arrêt *Paul c. La Reine*, [1960] R.C.S. 452 suit de près l'arrêt *Goldhar* et il confirme le principe formulé dans ce dernier arrêt relativement aux déclarations sommaires de culpabilité, selon lequel les cas qui ne sont pas visés par le par. 41(3) ne relèvent pas pour autant du par. 41(1), pas plus que les cas d'actes criminels qui ne sont pas visés par ce qui constitue maintenant l'art. 618 du *Code criminel*. L'arrêt *Paul c. La Reine* ne constitue pas une tentative d'en appeler d'une sentence au même sens que l'arrêt *Goldhar*. Il s'agissait plutôt d'une affaire où la cour d'appel provinciale avait refusé d'entendre l'appel relatif à une déclaration sommaire de culpabilité ou, encore, l'appel du rejet d'un appel formé en la matière auprès d'un juge de la Cour de comté. Bien que ce fût un arrêt rendu à une mince majorité, il est comme tel strictement conforme à l'arrêt de la pluralité de cette Cour dans *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, où cette Cour a statué qu'elle n'était pas compétente pour accorder une autorisation d'en appeler du refus de la Cour d'appel fédérale d'autoriser qu'un appel soit interjeté devant elle lorsque cette autorisation est nécessaire pour permettre à cette cour de connaître de l'affaire. Donc le refus d'autorisation d'en appeler dans l'affaire *Paul* n'est pas lié, à notre avis, à

Court and it is sought to bring the matter here.

The same ruling, denial of leave, that was made in *Paul* was made in *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359. This Court affirmed again in the proposition that matters not mentioned in s. 41(3) are not thereby brought within s. 41(1) and thus sentence appeals are excluded.

Before turning to the latest case on sentence appeals in this Court, *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749, a short summation is in order. The quantum or fitness of a sentence, as such, no other considerations being involved, does not engage the jurisdiction of this Court. This was re-affirmed in the *Hill* cases by Pigeon J. However, quantum or fitness is not involved where the Court is asked to consider the legality of a sentence, legality in the sense of the legal right to impose the particular sentence as contrasted with the imposition of a lawful sentence which is alleged to have been the result of errors of law in determining its fitness. So too, quantum is not involved where the constitutionality of a certain type of sentence is put in issue. Nor is it involved where the Court is asked, in the *Hill* cases, whether there is power in a provincial appellate court to increase a sentence upon a motion by the Crown made during a sentence appeal taken by the accused alone, there having been no cross-appeal by the Crown. In such cases, the question is one of judicial or legislative authority to act and not one whether, there being such authority, it was improperly exercised.

Another type of case which can properly rest on s. 41 of the *Supreme Court Act* is *Smith v. The Queen*, [1959] S.C.R. 638 where this Court granted leave to appeal from the dismissal of an application for *certiorari* to quash a finding of delinquency against a child under the *Juvenile Delinquents Act*. The appeal was allowed and it is

la question de savoir s'il s'agit d'un cas relatif à une sentence. Il en serait de même chaque fois qu'une cour d'appel refuse l'autorisation d'appel requise et qu'on cherche à soumettre la question à cette Cour.

A l'instar de l'arrêt *Paul*, la même décision, soit le refus d'autorisation, a été rendue dans l'arrêt *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359. Cette Cour y confirme de nouveau que les questions non mentionnées au par. 41(3) ne relèvent pas pour autant du par. 41(1) et qu'ainsi les appels de sentences sont exclus.

Avant d'aborder le dernier arrêt de cette Cour visant les appels de sentences, savoir *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749, il serait utile de faire un résumé de la question. L'importance ou la justesse d'une sentence, à l'exclusion de toute autre considération, ne relève pas comme telle de la compétence de cette Cour. C'est ce que réaffirme le juge Pigeon dans les arrêts *Hill*. Toutefois, ce n'est pas l'importance ou la justesse qui est visée lorsque cette Cour est appelée à étudier la légalité d'une sentence, le mot légalité étant pris au sens de droit d'imposer une sentence particulière par opposition à l'imposition d'une sentence légale qui résulterait d'erreurs de droit commises dans la détermination de sa justesse. Ce n'est pas non plus l'importance de la sentence qui est en cause lorsqu'on conteste la constitutionnalité de certains types de sentences, ou lorsqu'on demande à la Cour, comme dans les affaires *Hill*, si une cour d'appel provinciale a le pouvoir d'imposer une sentence plus sévère par suite d'une requête de la poursuite présentée au cours d'un appel de la sentence formé par l'accusé seul alors que la poursuite n'a pas formé d'appel incident. Dans ces affaires, le débat porte sur le pouvoir judiciaire ou législatif d'agir et non sur la question de savoir si ce pouvoir, en supposant qu'il existe, a été mal exercé.

L'arrêt *Smith c. La Reine*, [1959] R.C.S. 638, est un autre genre d'affaire qui peut régulièrement se fonder sur l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*; cette Cour y a accordé l'autorisation d'en appeler du rejet d'une demande de *certiorari* visant à annuler la déclaration de délinquance prononcée contre un enfant en vertu de la *Loi sur*

clear that s. 41(1) was an appropriate base for hearing the appeal which concerned a substantive matter. Leave could have been refused as a matter of discretion but jurisdiction to grant it was beyond question.

Since s. 41(1) of the *Supreme Court Act* is couched in very broad terms and it is, in effect, left to this Court to determine the ambit of its provisions, why should this Court set its face against entertaining applications for leave to appeal from sentencing considerations? The ordinary expectation would be that provisions to that end, if thought desirable, would be found in the *Criminal Code*. They are not, and I think that Fauteux J. demonstrated sufficiently in *Goldhar* why it would be improper to escape the limitations of what is now s. 618 of the *Criminal Code* by resorting to s. 41(1). The question, in so far as it is one of policy, is answered by the fact that this Court is a statutory court, with a circumscribed jurisdiction in criminal matters, and s. 41(1) should not be opened to matters outside of the *Criminal Code* unless they relate to such things as constitutionality or judicial power or authority.

*Lees v. The Queen* appears to be out of step with the authorities that I have canvassed to this point. I was a member of the Court which delivered a unanimous judgment in that case. The opening line of the judgment assesses the appeal as one attacking the legality of a sentence but the narrative of the case shows that it was not legality as I explained above, but rather an attack on a lawful sentence allegedly imposed by the trial judge by erroneously taking into account evidence of a potential but untried charge of an offence other than the robbery to which the accused pleaded guilty. Although in the result the appeal was dismissed, jurisdiction was nonetheless taken and, wrongly so, in the light of the cases that I have examined in these reasons.

*les jeunes délinquants*. Le pourvoi a été accueilli et il est manifeste que le par. 41(1) constituait un fondement approprié pour entendre le pourvoi qui portait sur une question de fond. L'autorisation d'appel aurait pu être refusée en vertu du pouvoir discrétionnaire de la Cour, mais le pouvoir de l'accorder n'avait pas été mis en cause.

Puisque le par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* est rédigé en termes très généraux et qu'il appartient en réalité à cette Cour de déterminer l'étendue de ses dispositions, pourquoi cette Cour devrait-elle se refuser à entendre des demandes d'autorisation d'appel à l'encontre de questions relatives aux sentences? On s'attendrait normalement à trouver dans le *Code criminel* des dispositions à cette fin, si elles avaient été jugées souhaitables. On n'en trouve point et je crois que le juge Fauteux a suffisamment expliqué dans l'arrêt *Goldhar* pourquoi il serait inapproprié de contourner les restrictions de l'art. 618 actuel du *Code criminel* en invoquant le par. 41(1). La réponse à la question, dans la mesure où il s'agit d'une question de principe, tient à ce que cette Cour est une cour créée par la loi, dont la compétence en matière criminelle est limitée, et le par. 41(1) ne devrait pas s'appliquer à des points qui ne relèvent pas du *Code criminel* à moins qu'ils ne touchent certains aspects comme la constitutionnalité, la compétence ou le pouvoir judiciaire.

L'arrêt *Lees c. La Reine* paraît déroger à la jurisprudence que j'ai analysée jusqu'ici. J'ai siégé avec mes collègues dans cette cause où la Cour a rendu un arrêt unanime. La première phrase précise que le pourvoi attaque la légalité d'une sentence mais l'exposé de l'affaire démontre qu'il ne s'agit pas d'une contestation de la légalité comme je l'ai expliqué plus haut, mais plutôt d'une contestation d'une sentence légale que le juge du procès aurait imposée en tenant compte à tort d'un témoignage portant sur une accusation possible n'ayant fait l'objet d'aucun procès et sans rapport avec le vol qualifié dont l'accusé s'était reconnu coupable. Bien qu'en définitive le pourvoi ait été rejeté, la compétence a été néanmoins exercée, mais à tort, en fonction de la jurisprudence que je viens d'examiner dans les présents motifs.

I examined the material filed on the application for leave to appeal in the *Lees* case, an application upon which I sat along with Dickson and Estey JJ. Our jurisdiction to give leave, that is to entertain the proposed appeal, was not raised either in the application for leave or in the material or argument presented at the hearing of the appeal. I readily confess to a lapse in not raising the question from the Bench, either when leave was sought or when the appeal was heard. In my opinion, we were wrong to have accepted the case for hearing when we had no jurisdiction to do so.

The present case cannot, any more than the *Lees* case, be considered as one where the legality of a sentence is in issue. The trial judge, in imposing a term of imprisonment of four and one-half years, was within the sentence limits of the offence, and so was the Court of Appeal in reducing the sentence to two years. There is no question of legality here as there was in the *Hill* cases or of constitutionality as there was in the *Goodyear Tire* case. Rather, the question in the present case was whether the trial judge, in imposing sentence, must be governed by a standard of proof beyond a reasonable doubt on disputed facts and not merely by a standard of proof on a balance of probabilities. By thus judicializing the sentencing proceedings, do we bring a quantum case within the jurisdiction of this Court under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*? If with respect to the standard of proof as here or with respect to the error alleged in the *Lees* case, why not with respect to other considerations which enter or may enter into the determination of a fit sentence? The possibilities are various, if not infinite, of charging the sentencing judge with errors as, for example, applying the wrong principles, failing to apply correct sentencing principles, taking irrelevant matters into consideration, failing to admit or exclude certain evidence offered at the sentencing hearing, and so on.

J'ai examiné la documentation produite lors de la demande d'autorisation de pourvoi dans l'affaire *Lees*, demande que j'ai entendue avec mes collègues les juges Dickson et Estey. Notre compétence d'accorder l'autorisation, c'est-à-dire d'entendre le pourvoi proposé, n'a été contestée ni lors de la demande d'autorisation d'appel, ni dans la documentation ou les plaidoiries présentées lors de l'audition du pourvoi. Je reconnais volontiers que nous avons eu tort de ne pas soulever la question d'office soit au moment de la demande d'autorisation, soit au cours de l'audition du pourvoi. A mon avis, nous avons eu tort d'accepter d'entendre l'affaire alors que nous n'avions pas compétence pour le faire.

On ne peut considérer que la présente affaire, pas plus que l'arrêt *Lees*, met en cause la légalité d'une sentence. En imposant une peine d'emprisonnement de quatre ans et demi, le juge du procès a respecté les limites de sentence spécifiées pour cette infraction tout comme la Cour d'appel l'a fait en réduisant la sentence à deux ans. Il n'est pas question de légalité en l'espèce comme dans les arrêts *Hill*, ni de constitutionnalité comme dans l'arrêt *Goodyear Tire*. La question que pose le présent pourvoi est plutôt celle de savoir si, en imposant la sentence, le juge du procès doit appliquer aux faits contestés la norme de preuve hors de tout doute raisonnable et non simplement la norme de la prépondérance des probabilités. En assujettissant ainsi les procédures relatives aux sentences à un processus judiciaire, fait-on relever une affaire relative à l'importance d'une sentence de la compétence de la Cour en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*? Si nous le faisons quant aux normes de preuve, comme c'est le cas en l'espèce, ou quant à l'erreur alléguée dans l'arrêt *Lees*, pourquoi ne le ferions nous pas quant à d'autres facteurs qui interviennent ou peuvent intervenir dans la détermination d'une sentence appropriée? Il y a de nombreuses sinon d'innombrables façons d'imputer des erreurs au juge qui fixe la sentence; on peut notamment lui reprocher d'avoir appliqué les mauvais principes, de ne pas avoir appliqué les bons principes en matière de sentence, d'avoir tenu compte de considérations non pertinentes, de ne pas avoir reçu ou exclu certains éléments de preuve soumis lors de l'audience relative à la sentence, et ainsi de suite.

All these matters are, of course, significant because they may affect the quantum of a sentence but they have no effect upon the trial judge's power to act. If there is to be a circumscription or enlargement of the range or character of the considerations that he may weigh or the standards that he may apply, it falls to the provincial appellate court to give the necessary directions as part of the sentencing process.

There is a wide discretion in a trial judge on sentence, a discretion made evident in the latitude he is given where only a maximum sentence is fixed for an offence or where only a minimum is fixed or a minimum and a maximum. If he imposes a sentence within the prescribed limits, the statutory check upon him lies in the Court of Appeal, provided leave is given. How can this mean that the Supreme Court may still monitor the considerations that should enter into the fixing of a permissible sentence or set standards for the exercise of discretion by a sentencing judge? I do not seek to rely on it here but reference may appropriately be made to s. 44 of the *Supreme Court Act* which, to put it generally, excludes any right of appeal from a discretionary order.

It seems to me that once the lid is lifted for the proper standard of proof of disputed facts, it must equally be open for the assessment by this Court of other considerations that may enter into a sentence. To say that this Court still retains control through its power to refuse leave is to yield the principle. This is hardly the way to deal with initial jurisdiction if it does not clearly exist.

I do not doubt the importance of the issue raised by this case on its merits. But important issues of criminal law, substantive criminal law, abound without it being contended that this Court can entertain them, as, for example, where a conviction or an acquittal or a new trial is challenged because of an alleged error of mixed fact and law or an error of fact alone. Unless there is a question of law alone (or of jurisdiction) in the courts below, this Court has no jurisdiction to entertain such

Toutes ces questions sont évidemment importantes en ce qu'elles peuvent modifier l'importance d'une sentence, mais elles n'influent aucunement sur le pouvoir d'agir que possède le juge du procès.

<sup>a</sup> S'il faut restreindre ou élargir le champ ou la nature des considérations qu'il peut soupeser ou les normes qu'il peut appliquer, il appartient à la cour d'appel provinciale de fournir les directives nécessaires dans le cadre du processus de sentence.

<sup>b</sup> Le juge du procès jouit, en matière de sentence, d'un pouvoir discrétionnaire très large qui se traduit par la latitude qui lui est conférée lorsque la loi ne fixe que la sentence maximale ou minimale, ou à la fois les sentences minimale et maximale. <sup>c</sup> S'il prononce une sentence conforme aux limites prescrites, le contrôle prévu par la loi appartient à la Cour d'appel pourvu que l'autorisation d'appel soit accordée. En quoi cela peut-il signifier que la <sup>d</sup> Cour suprême peut encore contrôler les facteurs qui doivent intervenir dans la détermination d'une sentence acceptable ou fixer des normes applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge <sup>e</sup> qui prononce la sentence? Même si je ne cherche pas à le faire ici, on pourrait fort bien invoquer l'art. 44 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui, de façon générale, exclut tout droit d'appel d'une ordonnance discrétionnaire.

<sup>f</sup> J'estime que si l'on relâche la norme de preuve applicable aux faits contestés, il faut aussi permettre à cette Cour de tenir compte d'autres facteurs qui peuvent intervenir dans la détermination d'une <sup>g</sup> sentence. Affirmer que cette Cour garde quand même le contrôle grâce au pouvoir de refuser l'autorisation d'appel, ce serait céder sur le principe. Ce n'est guère la manière d'aborder la question de compétence initiale s'il n'est pas clair <sup>h</sup> qu'elle existe.

Je ne doute pas de l'importance du point que soulève le présent pourvoi quant au fond. Mais d'importantes questions de droit criminel, des questions de fond en droit criminel, se posent sans qu'on prétende que cette Cour peut les entendre, par exemple, lorsqu'une déclaration de culpabilité, un acquittement ou une ordonnance de nouveau procès fait l'objet d'une contestation en vertu d'une allégation d'erreur mixte de droit et de fait ou d'erreur de fait seulement. A moins que seule une

criminal appeals; they stop in the provincial appellate courts. For the reasons I have given, it cannot be said that what cannot be brought within s. 618 can be redressed by invoking s. 41(1).

I turn now to consider, for their analogical value, cases in this Court dealing with dangerous offenders (habitual criminals) and sentences of preventive detention, now referred to as sentences of detention for an indeterminate period. *Criminal Code*, ss. 687 to 695.1, as Part XXI, govern the present dangerous offender provisions which, as enacted by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 14, came into force on October 16, 1977. Under s. 694 there is an appeal to the provincial Court of Appeal from a sentence of indeterminate detention on any ground of law or fact or mixed law and fact. The Attorney General is given a right of appeal to the Court of Appeal against the dismissal of an application for an order for a sentence of indeterminate detention but only on a question of law. There is no provision in Part XXI which confers any right of appeal to the Supreme Court. In my opinion, although this Court may be entitled to entertain an appeal from a finding that an offender is a dangerous offender where a question of law is raised, I do not think that there is any jurisdiction in this Court to review a sentence of indeterminate detention.

There have been no cases brought here under the present Part XXI, but there was a course of decision on predecessor provisions. Preventive detention for persons found to be habitual criminals was introduced into the *Criminal Code* by 1947 (Can.), c. 55, adding thereto ss. 575A to 575H. Under these provisions, an allegation that an accused was an habitual criminal was to be added to the indictment after the charge of the substantive offence. More important, under s. 575E it was provided that a person convicted and sentenced to preventive detention may appeal

question de droit (ou de compétence) ne se pose dans les cours d'instance inférieure, cette Cour n'a pas compétence pour entendre ces appels en matière criminelle; ils se terminent en cour d'appel provinciale. Pour les motifs que j'ai exposés, on ne peut dire qu'il est possible de remédier à ce qui n'est pas visé par l'art. 618 en invoquant le par. 41(1).

J'aborderai maintenant, à cause de l'analogie qu'ils présentent, des arrêts de cette Cour portant sur des délinquants dangereux (repris de justice) et des sentences de détention préventive, maintenant appelées sentences pour une période indéterminée. Les articles 687 à 695.1, qui forment la partie XXI du *Code criminel*, contiennent les dispositions actuellement applicables aux délinquants dangereux; ils ont été adoptés à 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 14 et ils sont entrés en vigueur le 16 octobre 1977. En vertu de l'art. 694, on peut interjeter appel à la cour d'appel provinciale d'une sentence de détention pour une période indéterminée sur toute question de droit ou de fait ou toute question mixte de droit et de fait. Le procureur général peut interjeter appel à la cour d'appel du rejet d'une demande d'ordonnance visant une sentence de détention pour une période indéterminée, mais sur une question de droit seulement. Aucune disposition de la partie XXI n'accorde un droit d'appel à la Cour suprême. Même si, à mon avis, cette Cour peut entendre un appel d'une déclaration portant qu'un accusé est un délinquant dangereux lorsqu'une question de droit est soulevée, je crois que cette Cour n'a pas le pouvoir de réviser une sentence de détention pour une période indéterminée.

Aucune cause n'a été portée devant cette Cour en vertu de la partie XXI actuelle, mais il y a eu une série d'arrêts sur les dispositions qui l'ont précédée. Les dispositions relatives à la détention préventive des accusés reconnus repris de justice ont été ajoutées au *Code criminel*, à 1947 (Can.), chap. 55, aux art. 575A à 575H. En vertu de ces dispositions, l'allégation portant que l'accusé était un repris de justice devait être ajoutée à l'acte d'accusation après l'inculpation de l'infraction elle-même. Ce qui est plus important, l'art. 575E prévoyait qu'une personne déclarée coupable et con-

against his conviction and sentence, and "the provisions of this Act relating to an appeal from a conviction for an indictable offence shall be applicable thereto". In thus combining the finding of habitual criminality and the sentence of preventive detention in a composite right of appeal to be treated as an appeal from a conviction of an indictable offence, the *Criminal Code* gave the Supreme Court power to entertain such an appeal where a question of law was involved: see *R. v. Robinson*, [1951] S.C.R. 522. However, in *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373 it was held that the allegation of being an habitual criminal was not a charge of a criminal offence for the purpose of entitling the accused to elect as to his mode of trial but because the sentence of preventive detention attached to the finding that the accused was an habitual criminal, the case could come here by reason of a dissent on a question of law in the provincial Court of Appeal.

The 1947 preventive detention provisions were replaced by 1953-54 (Can.), c. 51 and recast as Part XXI of the *Criminal Code*. A new procedure was instituted under s. 660 to provide for an application for the imposition of a sentence of preventive detention, in addition to the sentence for the substantive offence, if the accused was found to be an habitual criminal and the Court was thereby of opinion that it was expedient for the protection of the public so to sentence him. Section 667 provided for an appeal to the Court of Appeal against a sentence of preventive detention and a right of appeal was given to the Attorney General against dismissal of an application. There was no longer any such provision as appeared in the former s. 575E.

*Parkes v. The Queen*, [1956] S.C.R. 134, came to this Court under the new procedure. It is a case that presents some difficulty because my former brother Pigeon in the *Hill* cases viewed it as asserting jurisdiction in this Court under s. 41(1) to entertain a conjoint appeal against a finding of habitual criminality and a consequent sentence of preventive detention, and as giving jurisdiction to

damnée à la détention préventive pouvait en appeler de cette déclaration de culpabilité et de la sentence et que «les dispositions de la présente loi visant un appel d'une condamnation pour un acte criminel y sont applicables». En réunissant ainsi la déclaration portant que l'accusé est un repris de justice et la sentence de détention préventive sous un droit mixte d'appel à considérer comme un appel d'une déclaration de culpabilité d'un acte criminel, le *Code criminel* conférait à la Cour suprême le pouvoir d'entendre un tel appel lorsqu'il portait sur une question de droit: voir *R. c. Robinson*, [1951] R.C.S. 522. Toutefois, dans l'arrêt *Brusch c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 373, la Cour a statué que l'allégation portant que l'accusé était un repris de justice ne constituait pas une inculpation d'acte criminel qui permettait à l'accusé de choisir son mode de procès, mais parce que la sentence de détention préventive était liée à la déclaration que l'accusé était un repris de justice, la Cour pouvait être saisie de l'affaire en raison d'une dissidence sur une question de droit en cour d'appel provinciale.

Les dispositions de 1947 relatives à la détention préventive ont été remplacées par 1953-54 (Can.), chap. 51 et refondues pour devenir la partie XXI du *Code criminel*. L'article 660 instaurait une nouvelle procédure selon laquelle on pouvait demander l'imposition d'une sentence de détention préventive, en plus de la sentence infligée pour l'infraction elle-même, si l'accusé était reconnu repris de justice et si la cour était d'avis qu'il était opportun, pour la protection du public, de lui imposer une telle sentence. L'article 667 prévoyait un appel à la cour d'appel de la sentence de détention préventive et le procureur général pouvait en appeler du rejet d'une demande. Il n'y avait plus de disposition semblable à l'ancien art. 575E.

L'affaire *Parkes c. La Reine*, [1956] R.C.S. 134, a été soumise à cette Cour en vertu de la nouvelle procédure. Cet arrêt soulève certaines difficultés parce que mon ex-collègue le juge Pigeon a considéré, dans les arrêts *Hill*, que l'arrêt *Parkes* affirme que cette Cour est compétente en vertu du par. 41(1) pour entendre un appel à la fois de la déclaration que l'accusé est un repris de

quash the sentence of preventive detention alone. On the other hand, my brother Ritchie in *Poole v. The Queen*, [1968] S.C.R. 381 (true, in a dissenting judgment, speaking for himself and three other members of the Court) considered that the *Parkes* case did not support authority in this Court to entertain an appeal from the sentence of preventive detention in insolation from an appeal on the finding of the status of being an habitual criminal. Ritchie J. pointed out in *Poole* that there was a change made by 1960-61 (Can.), c. 43, s. 33(2) in *Criminal Code*, s. 660 as it stood when the *Parkes* case was decided. The change in the words of the amended provision was that the sentence of preventive detention could be in lieu of the sentence for the substantive offence or in addition thereto. Ritchie J. in *Poole* did not question this Court's jurisdiction to invoke s. 41(1) in appeals from findings as to status and he added these words (at p. 404):

I have read the habitual criminal cases which have come to this Court since the *Parkes* case and it appears to me that until the case of *The Queen v. MacDonald*, ... there was no case of an appeal against sentence when the question of the finding as to status was not in issue. In each case the appeal was treated as an appeal from the "habitual criminal" finding and was decided on that basis.

However, the majority view in the *Poole* case was that this Court did have jurisdiction under s. 41(1), particularly because the matter did not come within s. 41(3), to deal with the sentence of preventive detention alone. The majority in *Poole* did not discuss the *Parkes* case in detail, saying only in the words of Cartwright C.J.C. (speaking for himself and for Judson and Hall JJ.) that the jurisprudence of the Court on the question of its jurisdiction to give leave and to hear an appeal from a sentence of preventive detention was settled and applied consistently since the decisions in *Brusch* and *Parkes*.

justice et de la sentence de détention préventive qui en découle, et que cet arrêt lui reconnaît compétence pour annuler la sentence de détention préventive seulement. D'autre part, mon collègue le juge Ritchie, dans l'arrêt *Poole c. La Reine*, [1968] R.C.S. 381, (bien que se soit dans des motifs de dissidence auxquels trois autres juges de la Cour ont souscrit) a considéré que l'arrêt *Parkes* n'appuie pas la compétence de cette Cour pour entendre un appel d'une sentence de détention préventive séparément d'un appel de la déclaration que l'accusé est un repris de justice. Le juge Ritchie souligne, dans l'arrêt *Poole*, qu'à 1960-61 (Can.), chap. 43, par. 33(2), l'art. 660 du *Code criminel* a été modifié par rapport à ce qu'il était au moment où l'arrêt *Parkes* a été rendu. Le changement dans le texte de la nouvelle disposition porte que la sentence de détention préventive peut soit s'ajouter à la sentence prononcée pour l'infraction elle-même, soit la remplacer. Dans l'arrêt *Poole*, le juge Ritchie n'a pas mis en doute le pouvoir de cette Cour d'invoquer le par. 41(1) dans un appel contre une déclaration que l'accusé est un repris de justice. Il affirme ceci (à la p. 404):

[TRADUCTION] J'ai lu les affaires sur les repris de justice soumises à cette Cour depuis l'arrêt *Parkes* et il me semble que jusqu'à l'arrêt *La Reine c. MacDonald* ... il n'y a eu aucun cas d'appel de sentence lorsque la question de déclaration que l'accusé est un repris de justice n'était pas en cause. Dans chaque affaire, l'appel a été considéré comme un appel de la déclaration que l'accusé est un repris de justice et a été décidé sur cette base.

Toutefois, dans l'arrêt *Poole*, la Cour à la majorité, a exprimé l'avis qu'elle avait compétence en vertu du par. 41(1) pour entendre un appel de la sentence de détention préventive seulement, surtout parce que la question n'est pas visée par le par. 41(3). La Cour à la majorité n'a pas examiné en détail l'arrêt *Parkes* et s'est contentée d'affirmer, pour reprendre les termes du juge en chef Cartwright (qui s'est exprimé en son propre nom et en celui des juges Judson et Hall), que la jurisprudence de la Cour quant à sa compétence pour autoriser et entendre un appel d'une sentence de détention préventive était constante depuis les arrêts *Brusch* et *Parkes*.



*Parkes v. The Queen* is reported on the merits in [1956] S.C.R. 768. None of the five judges of this Court who sat on the case made any mention of jurisdiction, that question having been dealt with on the application for leave, reported in [1956] S.C.R. 134. On the merits, the sentence of preventive detention was set aside by reason of a procedural error in violation of the statutory prescriptions governing the hearing of an application for such detention. Nor was there anything in the hearing on the merits to indicate that the Court was concerned conjointly with the finding that the accused was an habitual criminal and with the sentence of preventive detention. It was perhaps unnecessary to deal with that finding because it fell away once the sentence of preventive detention was set aside. Yet it is important to notice that leave to appeal in *Parkes* was given under s. 41(1) of the *Supreme Court Act* (in the words of this Court on the application for leave) "from the affirmation by the Court of Appeal of the decision of His Honour Judge Grosch that the applicant is an habitual criminal". Yet, as I indicated, there is not a word on the hearing of the appeal about the finding of habitual criminality.

In assessing whether there was jurisdiction in *Poole*, consideration had, however, to be given to *R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831 in which the Court majority, including Cartwright J., as he then was, took an adverse view to jurisdiction.

In *R. v. MacDonald*, the Court was unanimous in the view that the *Criminal Code* did not support jurisdiction to entertain an appeal from a sentence of preventive detention. In that case there was a finding that the accused was an habitual criminal and a sentence of preventive detention was imposed upon him in lieu of a sentence for the substantive offence. Although leave to appeal this sentence was granted, the appeal was quashed, Taschereau C.J.C. and Martland J. dissenting. The majority of the Court noted that the finding as to status was not in issue but that it was the conviction of an indictable offence that gave rise to the sentence of preventive detention. Accordingly,

Le jugement sur le fond de l'affaire *Parkes c. La Reine* est publié à [1956] R.C.S. 768. Aucun des cinq juges de cette Cour qui ont entendu l'affaire n'a mentionné la question de compétence, celle-ci ayant été examinée au moment de la demande d'autorisation d'appel publiée à [1956] R.C.S. 134. Le jugement sur le fond annule la sentence de détention préventive à cause d'une erreur de procédure commise en violation des dispositions législatives applicables à l'audition de la demande de détention. Il n'y a rien non plus dans l'audition portant sur le fond qui indique que la Cour se soit penchée à la fois sur la déclaration que l'accusé est un repris de justice et sur la sentence de détention préventive. Il était peut-être inutile d'examiner cette déclaration puisqu'elle devenait caduque dès l'annulation de la sentence de détention préventive. Il est cependant important de noter que l'autorisation d'appel dans l'affaire *Parkes* a été accordée en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* (selon le libellé du jugement de cette Cour sur la demande d'autorisation d'appel) [TRADUCTION] «à l'encontre de la confirmation par la Cour d'appel du jugement de M. le juge Grosch, selon lequel le requérant est un repris de justice». Malgré tout, comme je l'ai déjà souligné, aucune mention n'est faite à l'audition de l'appel de la déclaration que le requérant est un repris de justice.

Pour évaluer si la Cour avait compétence dans l'affaire *Poole*, on avait dû étudier l'arrêt *R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831, où la Cour à la majorité, dont le juge Cartwright, alors juge puîné, avait déclaré qu'elle n'avait pas compétence.

Dans l'arrêt *R. c. MacDonald*, la Cour a exprimé l'avis unanime que le *Code criminel* ne lui donnait pas compétence pour entendre un appel d'une sentence de détention préventive. Dans cette affaire, il y avait eu déclaration que l'accusé était un repris de justice et imposition d'une sentence de détention préventive au lieu d'une sentence pour l'infraction elle-même. Même si la Cour avait accordé l'autorisation d'en appeler de cette sentence, l'appel a été annulé, le juge en chef Taschereau et le juge Martland étant dissidents. La Cour à la majorité a souligné que ce n'était pas la déclaration que l'accusé était un repris de justice qui était contestée, mais la déclaration de culpabi-

the *Goldhar* case governed to preclude an appeal by the Crown from an order of the provincial Court of Appeal which had set aside the order of preventive detention. It would be, said the majority, incongruous if an appeal as to sentence were allowed under s. 41(1) of the *Supreme Court Act*. The two dissenting judges said that the *Goldhar* case was inapplicable because the punishment by way of a sentence of preventive detention was not imposed for an indictable offence, but because the accused had the status of an habitual criminal and it was expedient for the protection of the public to sentence him. The dissenting judges rejected the contention that because the Crown was limited to questions of law in appeals to a Court of Appeal, it could not invoke s. 41(1) here and seek leave thereunder, it being understood that it would be limited to questions of law. Moreover, it was their view that since the accused could appeal, there was no valid reason for precluding the Crown.

Cartwright J., as he then was, in an opinion concurring with the majority, distinguished an appeal by the accused from a sentence of preventive detention (which he said has been recognized by this Court, as in the *Parkes* case) and an appeal by the Crown from the dismissal of an application for such a sentence or the setting aside of such a sentence. In this, he relied on the majority opinion of Ritchie J. He also noted that the question of a right of appeal to this Court was not discussed in the *Brusch* case, and that although the *Robinson* case was correctly decided under the legislation then in force, the subsequent changes in wording made the *Robinson* case no longer applicable to support a Crown appeal.

The majority decision in the *MacDonald* case rests on the following observation of Ritchie J. (at p. 851 of [1965] S.C.R.):

As has been pointed out, the *Criminal Code* makes express provision under s. 667 for appealing to the court

lité d'un acte criminel qui a donné lieu à la sentence de détention préventive. En conséquence, l'arrêt *Goldhar* avait pour effet d'empêcher la poursuite de se pourvoir contre l'ordonnance de la cour d'appel provinciale qui avait infirmé l'ordonnance de détention préventive. Il aurait été absurde, d'après la Cour à la majorité, d'entendre un appel d'une sentence en vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Les deux juges dissidents ont affirmé que l'arrêt *Goldhar* ne s'appliquait pas parce que la peine imposée sous forme de sentence de détention préventive n'était pas imposée pour un acte criminel, mais parce que l'accusé était un repris de justice et que la protection du public exigeait qu'on lui impose cette sentence. Les juges dissidents ont rejeté l'argument portant que puisque la poursuite ne pouvait se pourvoir devant la cour d'appel que sur des questions de droit, elle ne pouvait en l'espèce invoquer le par. 41(1) pour demander l'autorisation d'appel étant entendu qu'il se limiterait à des questions de droit. De plus, ils ont estimé que, puisque l'accusé avait un droit d'appel, il n'y avait aucune raison valable de nier celui de la poursuite.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, dans des motifs dans le même sens que ceux de la majorité, fait la distinction entre un appel formé par l'accusé à l'encontre d'une sentence de détention préventive (que, d'après lui, cette Cour a reconnu possible dans l'arrêt *Parkes*) et un appel formé par la poursuite à l'encontre du rejet d'une demande visant une telle sentence ou de l'annulation d'une telle sentence. Sur ce point, il s'appuie sur les motifs de la majorité rédigés par le juge Ritchie. Il souligne également que la question du droit d'appel à cette Cour n'a pas été débattue dans l'affaire *Brusch* et que même si l'arrêt *Robinson* était bien fondé d'après les dispositions législatives alors en vigueur, les changements de formulation subséquents ont pour effet que l'arrêt *Robinson* ne peut plus être invoqué pour étayer un appel de la poursuite.

L'arrêt majoritaire dans l'affaire *MacDonald* se fonde sur l'observation suivante du juge Ritchie (à la p. 851 de [1965] R.C.S.):

[TRADUCTION] Comme nous l'avons déjà souligné, l'art. 667 du *Code criminel* prévoit expressément qu'un

of appeal of a province from the disposition made by a trial judge of an application for preventive detention and by s. 667(2) the Attorney General is limited to "any ground of law" in appealing from the dismissal of such an application. If counsel for the appellant were right in his contention that an appeal can be had to this Court under s. 41(1), at the instance of the Crown, from an order of the court of appeal setting aside a sentence of preventive detention, it would mean that although the Crown is restricted to "any ground of law" when appealing to the Court of Appeal of a province against the dismissal of an application for preventive detention by a trial judge, it can obtain access to this Court on unrestricted grounds when appealing from a judgment of the Court of Appeal which has the same effect. I cannot think that Parliament intended such an anomaly to result from the provisions of s. 667(2) of the *Criminal Code* and s. 41(1) of the *Supreme Court Act*.

The limitation to "any ground of law" of the right of the Attorney General to appeal to the Court of Appeal was first enacted by Chapter 43 of the *Statutes of Canada*, 1960-61, and s. 667(2) in its present form has not been previously considered by this Court.

I do not find the cases in this Court on sentence of preventive detention and on sentence of indeterminate detention of any assistance in coming to a conclusion on the issue of jurisdiction under consideration. Those cases would appear to have an acceptable rationale where they invoke s. 41(1) in connection with a finding of habitual criminality and a consequent sentence of preventive or indeterminate detention. This follows from the consistent view of this Court that a finding that a person is an habitual criminal is a finding of a status and is not to be considered as a finding of guilt of an indictable offence. Certainly, if the consequent sentence flows from the finding of the status of being an habitual criminal and is dependent on that finding, the two matters can be considered as intertwined for the purposes of an appeal to this Court by leave under s. 41. This was the view of Spence J. and of Pigeon J. in their separate reasons in *Poole*. If they are to be considered separately, I question whether, at least under the present provisions governing imposition of sentences of indeterminate detention there can be any

appel peut être interjeté à la cour d'appel d'une province contre la décision du juge de première instance portant sur une demande de détention préventive et le par. 667(2) limite l'appel formé par le procureur général contre le rejet d'une telle demande à une «question de droit» seulement. Si l'avocat de l'appelant avait raison de soutenir qu'en vertu du par. 41(1), cette Cour peut connaître d'un appel, à la demande de la poursuite, d'une ordonnance de la cour d'appel qui annule une sentence de détention préventive, il s'ensuivrait que, même si la poursuite est limitée à une «question de droit» en interjetant appel à la cour d'appel d'une province contre le rejet d'une demande de détention préventive par le juge de première instance, elle pourrait se présenter devant cette Cour en invoquant n'importe quel moyen quand elle se pourvoit contre un arrêt de la cour d'appel qui confirme ce rejet. Je ne puis croire que le législateur ait voulu que les dispositions du par. 667(2) du *Code criminel* et celles du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* donnent lieu à une telle anomalie.

La restriction à une «question de droit» apportée au droit du procureur général d'interjeter appel à la cour d'appel a été adoptée pour la première fois au chap. 43 des *Statuts du Canada* 1960-61, et cette Cour n'a pas encore eu à examiner le par. 667(2) dans sa formulation actuelle.

J'estime que les arrêts de cette Cour relatifs aux sentences de détention préventive et aux sentences de détention pour une période indéterminée ne nous aident pas à résoudre la question de compétence à l'étude. Ces arrêts me paraissent avoir une justification acceptable lorsqu'ils se fondent sur le par. 41(1) relativement à une déclaration que l'accusé est un repris de justice et à la sentence de détention préventive ou de détention pour une période indéterminée qui en découle. Cela tient à l'opinion constante de cette Cour selon laquelle la déclaration qu'un accusé est un repris de justice est une déclaration de statut et elle ne doit pas être assimilée à une déclaration de culpabilité d'un acte criminel. Il ne fait pas de doute que si la sentence qui s'ensuit découle de la déclaration qu'un accusé est un repris de justice et dépend de cette déclaration, on peut considérer les deux questions comme liées aux fins d'un appel à cette Cour par voie d'autorisation accordée en vertu de l'art. 41. C'est l'avis que les juges Spence et Pigeon ont exprimé respectivement dans l'arrêt *Poole*. Pour ce qui est de les étudier séparément, je doute que cette Cour

jurisdiction in this Court to entertain an appeal from the sentence alone.

However, as I have already said, the cases on habitual criminality and sentences of preventive or indeterminate detention do not assist on the question in issue here. They rather persuade me, by their special character, as having no relevance for jurisdiction in sentence proceedings following a conviction of an indictable offence or a summary conviction offence.

There is an understandable concern with variations in approach by provincial courts, both trial courts and appellate courts, if this Court should decline jurisdiction. There are, however, already well known variations in sentencing according to the offence and in relation to the same offence and in relation to the particular offender. There is a large subjective (it may be called discretionary) element in sentencing which may properly be influenced by regional or even local considerations. It is worth adding here that s. 614 of the *Criminal Code*, respecting the powers of the Court of Appeal on a sentence appeal, provides that the Court shall consider the fitness of the sentence appealed against and may, upon such evidence, if any, as it thinks fit to receive, vary the sentence or dismiss the appeal. If Parliament has thought fit to leave the quantum of a sentence to be finally determined at the Court of Appeal level, it should similarly be considered that this carries with it the final determination of the considerations which enter into the measure of a sentence.

This Court would enter into a trackless waste if it sought to separate quantum pure and simple from quantum according to a list of permissible and impermissible considerations that should govern quantum. Calling those considerations questions of law does not, in my opinion, take them outside of the sentencing process which results in a particular level of punishment.

ait compétence pour entendre un appel de la sentence seulement, du moins en vertu des dispositions qui régissent actuellement l'imposition d'une sentence de détention pour une période indéterminée.

a

Toutefois, comme je l'ai déjà dit, les arrêts sur les repris de justice et sur les sentences de détention préventive ou de détention pour une période indéterminée ne nous aident pas à résoudre la question en l'espèce. Ces arrêts me convainquent plutôt, en raison de leur particularité, qu'ils n'ont rien à voir avec la question de compétence dans les procédures relatives aux sentences qui suivent une déclaration de culpabilité d'un acte criminel ou une déclaration sommaire de culpabilité.

c

Je comprends qu'on s'inquiète des disparités possibles dans la façon de procéder des cours provinciales, tant en première instance qu'en appel, si cette Cour devait statuer qu'elle n'a pas compétence. Toutefois il y a déjà des disparités bien connues dans la détermination des sentences selon l'infraction, soit quant à une même infraction, soit quant à un accusé en particulier. Il y a une large part de subjectivité (on pourrait même dire de discrétion) dans la détermination des sentences, laquelle peut bien dépendre de facteurs régionaux ou mêmes locaux. Il y a lieu d'ajouter ici que l'art. 614 du *Code criminel*, qui porte sur les pouvoirs de la cour d'appel concernant un appel d'une sentence, prévoit que la cour doit considérer la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile de recevoir, modifier la sentence ou rejeter l'appel. Si le législateur a jugé bon de laisser aux cours d'appel le soin de déterminer de façon définitive l'importance d'une sentence, de même il faut en conclure que cela comporte aussi la détermination définitive des facteurs qui influent sur la sévérité d'une sentence.

Cette Cour s'aventurerait dans un labyrinthe si elle tentait de distinguer l'importance pure et simple d'une sentence de son importance selon une liste de facteurs recevables et de facteurs irrecevables. Le fait de qualifier ces facteurs de questions de droit ne les exclut pas, à mon avis, du processus de sentence qui aboutit à une peine déterminée.

For the foregoing reasons, it is my view that this Court should not accept jurisdiction under s. 41(1) to deal with the question submitted here. I would, accordingly, quash the appeal.

The judgment of Martland, Ritchie, Dickson and Chouinard JJ. was delivered by

DICKSON J.—In the second edition of his text *Principles of Sentencing* (1979), Professor D. A. Thomas speaks of an “evolving body of principle designed to ensure that the version of the facts adopted for the purpose of sentence is supported by evidence and reached according to appropriate procedural standards” (at pp. 366-67). One of those evolving principles, lying at the heart of this appeal, concerns the standard of proof to be applied for establishing aggravating facts which, while not affecting guilt or innocence, do have a critical effect on the length of sentence.

Two issues are raised. The first preliminary question: does the Supreme Court of Canada have jurisdiction to entertain appeals arising out of sentencing proceedings for indictable offences? The second issue, only reached if the first question is answered affirmatively, is this: where, on a sentencing hearing following conviction, the Crown seeks to prove aggravating facts relating to the offence committed and those facts are controverted, is the burden on the Crown the traditional criminal onus of proof of beyond a reasonable doubt or the lesser onus of proof upon a balance of probabilities?

## I

### How the case arose

The respondent, Obed Ebenezer Gardiner, pleaded guilty on December 13, 1978 to assault causing bodily harm. The victim was his wife. At the sentencing hearing the victim testified on behalf of the Crown with respect to the details of the assault. According to her version of the attack,

Pour ces motifs, je suis d'avis que cette Cour ne devrait pas se déclarer compétente en vertu du par. 41(1) pour entendre la question soumise en l'espèce. En conséquence, je suis d'avis d'annuler le  
a pourvoi.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Dickson et Chouinard rendu par

LE JUGE DICKSON—Dans la deuxième édition de son ouvrage intitulé *Principles of Sentencing* (1979), le professeur D.A. Thomas parle de [TRANSDUCTION] «l'émergence d'un ensemble de principes destinés à assurer que la version des faits acceptée aux fins de la sentence est étayée par la preuve et déterminée selon des critères de procédure appropriés» (aux pp. 366 et 367). L'un de ces principes en évolution, qui se trouve au coeur même du présent pourvoi, porte sur la norme de preuve à utiliser pour établir les circonstances aggravantes qui, bien que n'influant pas sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, ont un effet décisif sur la durée de la sentence.

Deux questions se posent. Une question préliminaire d'abord: la Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre des appels qui résultent de procédures relatives aux sentences pour des actes criminels. La seconde question, que nous n'aborderons que si nous répondons affirmativement à la première, est la suivante: si, lors de l'audition relative à la sentence qui suit la déclaration de culpabilité, la poursuite tente de faire la preuve de circonstances aggravantes relatives à l'infraction commise et que ces circonstances sont contestées, l'obligation imposée à la poursuite est-elle de faire la preuve hors de tout doute raisonnable, norme qui sert ordinairement en matière criminelle, ou selon la prépondérance des probabilités, une norme de preuve moins stricte?

## I

### Circonstances de l'affaire

L'intimé, Obed Ebenezer Gardiner a, le 13 décembre 1978, plaidé coupable à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. La victime était sa femme. Lors de l'audition relative à la sentence, la victime a déposé, pour la poursuite, au sujet des circonstances des voies de faits.

the respondent brutally beat and strangled her, tore off her clothes, threatened her with sexual mutilation and forced her to commit an act of incest with her paralyzed son who suffered from cerebral palsy. In her housecoat, nightgown and bare feet she had walked to a service station in the early morning hours where the police and an ambulance were called. She spent four days in hospital. In the attack she suffered injuries to her face, a hairline fracture of the skull and extensive bruising.

The respondent's version of the attack was very different. His wife had been drinking heavily and had threatened to commit suicide. She had hit her head on the head board of the bed. The respondent admitted to having slapped his wife on the side of the face but claimed to have then blacked out until his arrest the next morning.

At trial Judge Graburn sentenced the respondent to four years and six months in penitentiary. The maximum penalty for assault causing bodily harm is five years imprisonment. In the judge's opinion this was "one of the worst cases of assault causing bodily harm to come before this Court". In assessing the conflicting testimony respecting the circumstances serving to aggravate the offence, the judge felt himself bound by the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7; the Crown need only prove such facts on a balance of probabilities following a guilty plea.

The judge preferred the evidence of the victim to that of the respondent. He went further to say that as the burden of proof was upon a balance of probabilities it was not necessary to call the victim's son to testify in order to satisfy the onus resting on the Crown.

The respondent appealed. In a short unanimous judgment the Ontario Court of Appeal held that the *obiter* in *R. v. Cieslak, supra*, to the effect that the onus on the Crown was merely that of a preponderance of credible evidence, was in error:

Selon sa version de l'assaut, l'intimé l'a battue de façon brutale et l'a étranglée, a déchiré ses vêtements, a menacé de lui mutiler les organes sexuels et l'a forcée à commettre un acte d'inceste avec son fils qui souffre de paralysie cérébrale. Aux petites heures du matin, pieds nus, vêtue d'une chemise de nuit et d'une robe de chambre, elle s'est rendue à une station-service où on a appelé une ambulance et la police. Elle a passé quatre jours à l'hôpital. Au cours de l'assaut, elle a subi des blessures au visage, une fêlure du crâne et de nombreuses contusions.

La version de l'assaut donnée par l'intimé est très différente. Sa femme avait beaucoup bu et elle avait menacé de se suicider. Elle s'est heurté le crâne contre la tête du lit. L'intimé admet l'avoir giflée, mais affirme ne plus se souvenir de rien jusqu'au moment de son arrestation le lendemain matin.

Au procès, le juge Graburn a condamné l'intimé à quatre ans et six mois d'emprisonnement. La peine maximale pour les voies de fait causant des lésions corporelles est de cinq ans d'emprisonnement. De l'avis du juge, il s'agissait [TRADUCTION] «d'un des pires cas de voies de fait causant des lésions corporelles dont cette Cour a été saisie». Dans l'appréciation des témoignages contradictoires au sujet des circonstances aggravantes de l'infraction, le juge a estimé qu'il était lié par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Cieslak* (1977), 37 C.C.C. (2d) 7; après un aveu de culpabilité, la poursuite peut s'en tenir à la preuve des faits selon la prépondérance des probabilités.

Le juge a ajouté foi au témoignage de la victime plutôt qu'à celui de l'intimé. Il a affirmé de plus que, vu que la norme de preuve applicable était celle de la prépondérance des probabilités, il n'était pas nécessaire de faire témoigner le fils de la victime pour que la poursuite satisfasse à son obligation en matière de preuve.

L'intimé a interjeté appel. Dans des motifs unanimes et succincts, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'*obiter* dans *R. v. Cieslak*, précité, selon lequel l'obligation de la poursuite se réduisait à une prépondérance des éléments de preuve crédibles, est erroné.

... in the case of sentencing where a Judge is faced with conflicting evidence going to the gravity of the offence the onus on the Crown is to prove the aggravating facts beyond a reasonable doubt [*per* Jessup J.A.].

The Court remitted the matter to the trial judge to consider the evidence in the light of the proper onus and to report whether the aggravating factors referred to in the trial judge's Reasons for Sentence in fact obtained. The trial judge reported. He said that it would be unfair to the Court of Appeal, to the accused and to the administration of justice for him to endeavour to apply to the evidence the criminal standard of proof when he had directed his mind solely to the civil burden of proof when sentencing ten months earlier.

The Court of Appeal allowed the appeal and reduced the sentence of imprisonment to two years.

## II

### The jurisdictional point

The Crown moved before this Court for leave to appeal the decision of the Ontario Court of Appeal, and leave to appeal was granted. When the matter came on for argument, however, the Court raised the question as to the jurisdiction of this Court to entertain an appeal relating to sentencing. Counsel for the Crown and counsel for the appellant were both of opinion that the Court did indeed have the necessary jurisdiction. Following argument as to jurisdiction and as to the merits the Court reserved decision on both points.

The task of determining the limits of the Court's criminal appeals jurisdiction for indictable offences is arduous due in part to the difficulty in reconciling the statutory language of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended and Part XVIII of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, and in part due to earlier decisions of this Court, which cannot be said to be in harmony. The importance of the jurisdictional issue need not be stressed, as it is obvious that it radiates far beyond the bounds of the present appeal.

[TRANSLATION] ... aux fins de la sentence, lorsque le juge est en présence de témoignages contradictoires quant à la gravité de l'infraction, la poursuite doit prouver les faits aggravants hors de tout doute raisonnable [le juge Jessup].

La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge du procès pour qu'il apprécie les témoignages en fonction de la norme de preuve appropriée et détermine si les circonstances aggravantes dont il avait fait état dans ses motifs de sentence avaient réellement un effet. Le juge du procès a fait rapport. Il a affirmé qu'il ne serait juste ni pour la Cour d'appel, ni pour l'accusé, ni pour l'administration de la justice qu'il essaie d'appliquer à la preuve la norme de preuve exigée en matière criminelle après avoir appliqué la norme de preuve exigée en matière civile au moment de prononcer la sentence dix mois plus tôt.

La Cour d'appel a accueilli l'appel et réduit la sentence à deux années d'emprisonnement.

## II

### La question de compétence

La poursuite a demandé à cette Cour l'autorisation d'en appeler de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et a reçu cette autorisation. Au moment de procéder à l'audition de cette affaire, cette Cour a soulevé la question de sa compétence pour entendre l'appel d'une sentence. Le substitut du procureur général et l'avocat de l'appelant ont tous deux exprimé l'avis que cette Cour possède la compétence nécessaire. Après les plaidoiries sur la question de compétence et sur le fond, la Cour a pris les deux points en délibéré.

La tâche de déterminer les limites de la compétence de cette Cour quant aux appels relatifs à des actes criminels est malaisée, en partie, à cause de la difficulté de concilier le texte de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications et celui de la partie XVIII du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications et, en partie, à cause des arrêts antérieurs de cette Cour qu'on ne peut qualifier de concordants. Il est inutile d'insister sur l'importance de la question de compétence, puisqu'il est évident qu'elle déborde largement les limites du présent pourvoi.

The Supreme Court of Canada was created by federal statute in 1875 pursuant to s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.). Section 101 reads:

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

*The Supreme and Exchequer Court Act of 1875* (Can.), c. 11 “constituted, and established, a Court of Common Law and Equity, in and for the Dominion of Canada ... called ‘The Supreme Court of Canada’” (s. 1). This newly created court was given “appellate civil and criminal jurisdiction within and throughout the Dominion of Canada” (s. 15). The model chosen for the Supreme Court of Canada, among several possible options open to the legislators, was that of a “national appellate court, functioning like an English appellate court, or like the House of Lords, with a general jurisdiction (be it as of right or by leave) not limited to any class or classes of cases” (Laskin C.J., “The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada” (1975), 53 Can. Bar Rev. 469, at p. 471).

An important factor in the choice of this model for the Supreme Court of Canada “was and is the fact that many important branches of law, such as the criminal law, the law of negotiable instruments, the law of bankruptcy, the law of shipping, railway law, the law of patents and copyright have a national operation because they fall within exclusive federal competence; and even though they may interact in some respects with some aspects of the common law their interpretation and application must necessarily be uniform, and perhaps all the more so because of the interaction” (Laskin C.J., *ibid.*, at p. 473).

La Cour suprême du Canada a été créée par une loi fédérale, en 1875, en application de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.). L’article 101 se lit comme ceci:

101. Nonobstant toute disposition du présent acte, le Parlement du Canada pourra, à l’occasion, pourvoir à la constitution, au maintien et à l’organisation d’une cour générale d’appel pour le Canada, ainsi qu’à l’établissement d’autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

L’Acte de la Cour Suprême et de l’Echiquier de 1875 (Can.), chap. 11, a «constitué et établi, dans et pour la Puissance du Canada, une cour de droit commun et d’équité ... dénommée «La Cour Suprême du Canada»» (art. 1). Cette nouvelle cour a reçu une «juridiction d’appel, au civil et au criminel, dans et par tout le Canada» (art. 15). Le modèle retenu pour la Cour suprême du Canada, parmi toutes les possibilités offertes au législateur, a été celui d’une [TRADUCTION] «cour d’appel nationale, fonctionnant comme une cour d’appel anglaise, ou comme la Chambre des lords, dotée d’une compétence générale (que ce soit de plein droit ou par voie d’autorisation) non limitée à une seule ou des catégories de cas en particulier» (le juge en chef Laskin, «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 R. du B. Can. 469, à la p. 471).

Un facteur important dans le choix de ce modèle pour la Cour suprême du Canada [TRADUCTION] «a été et est le fait que plusieurs domaines importants du droit, comme le droit criminel, le droit des lettres de change, le droit en matière de faillite, le droit relatif aux expéditions par eau, le droit relatif aux chemins de fer, le droit relatif aux brevets et aux droits d’auteur, ont une application nationale puisqu’ils relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral; et même s’ils peuvent interagir, à certains égards, avec certains aspects de la *common law*, leur interprétation et leur application doivent nécessairement être uniformes d’autant plus peut-être à cause de l’existence cette interaction» (le juge en chef Laskin, *ibid.*, à la p. 473).



In addition to the general appellate jurisdiction conferred by s. 15 of the 1875 Act, s. 49 specifically limited criminal appeals:

49. Any person convicted of treason, felony or misdemeanor . . . before any other Superior Court of criminal jurisdiction, whose conviction has been affirmed by any Court of last resort . . . may appeal to the Supreme Court against the affirmation of such conviction . . . Provided that no such appeal shall be allowed where the Court affirming the conviction is unanimous . . . [Emphasis added.]

The limitation on criminal appeals is indicative of the function envisaged by Parliament for the Supreme Court, that of the resolution of division of opinion as to questions of law, especially in criminal matters, and the positing of uniform rules applicable throughout Canada.

Nesbitt J. in *Lake Erie and Detroit River Railway Co. v. Marsh* (1904), 35 S.C.R. 197 espoused this view of the role of the Supreme Court (at p. 200):

We think it was the intention of the framers of the Act creating this court that a tribunal should be established to speak with authority for the Dominion as a whole and, as far as possible, to establish a uniform jurisprudence, especially within matters falling within section 91 of the B.N.A. Act, where the legislation is for the Dominion as a whole, or, as I have said, where purely provincial legislation may be of general interest throughout the Dominion. [Emphasis added.]

Although a very broad jurisdiction was given by s. 15, and undoubtedly it was the intention of the framers of the Act that the Supreme Court speak with authority for the Dominion as a whole, several factors compounded the difficulties experienced by the Court in establishing its general and ultimate appellate jurisdiction.

The first difficulty was the fact that until the year 1933 in respect of criminal appeals and 1949 in respect of civil appeals, ultimate appellate jurisdiction lay with the Judicial Committee of the Privy Council and not with the Supreme Court of Canada. Not only was the Supreme Court of Canada an intermediate appellate Court and thus

Outre la compétence générale qui est conférée en matière d'appel, par l'art. 15 de la Loi de 1875, l'art. 49 de cette même loi limite expressément les appels en matière criminelle:

49. Toute personne convaincue de trahison, félonie ou délit . . . devant toute autre cour supérieure de juridiction criminelle, dont la conviction aura été confirmée par quelque cour de dernier ressort . . . pourra interjeter appel à la Cour Suprême de la confirmation de cette conviction . . . mais nul appel de cette nature ne sera interjeté lorsque la cour aura été unanime à confirmer la conviction . . . [C'est moi qui souligne.]

La limitation des appels en matière criminelle reflète le rôle que le législateur a voulu assigner à la Cour suprême c.-à-d. le règlement de divergences d'opinions sur des questions de droit, spécialement en matière criminelle, et l'énonciation de règles uniformes applicables dans tout le Canada.

Le juge Nesbitt, dans l'arrêt *Lake Erie and Detroit River Railway Co. c. Marsh* (1904), 35 R.C.S. 197, adopte cette conception du rôle de la Cour suprême (à la p. 200):

[TRADUCTION] Nous croyons que les rédacteurs de la Loi constitutive de cette Cour ont voulu créer un tribunal qui puisse se prononcer avec autorité pour l'ensemble du Dominion et, dans la mesure du possible, établir une jurisprudence uniforme, spécialement en ce qui concerne les sujets qui relèvent de l'article 91 de l'A.A.N.B., dans les cas où la législation s'applique à l'ensemble du Dominion ou, comme je l'ai déjà dit, lorsqu'une loi purement provinciale peut présenter un intérêt général pour tout le Dominion. [C'est moi qui souligne.]

Bien que la compétence conférée par l'art. 15 soit très générale et que ce fût sans doute l'intention des rédacteurs de la Loi de voir la Cour suprême se prononcer avec autorité pour l'ensemble du Dominion, plusieurs facteurs ont intensifié les difficultés que la Cour a connues dans la détermination de sa compétence générale et ultime en matière d'appel.

La première difficulté tient à ce que jusqu'en 1933 en matière criminelle et jusqu'en 1949 en matière civile, la compétence de dernier ressort en matière d'appel appartenait au Comité judiciaire du Conseil privé et non à la Cour suprême du Canada. Non seulement la Cour suprême du Canada était une cour d'appel intermédiaire qui,

not the final arbiter in either civil or criminal matters, but in certain circumstances appeal could be had directly to the Judicial Committee of the Privy Council.

The second important factor in the development of the appellate jurisdiction of the Supreme Court was the transition from the predominance of appeal as of right to appeal by leave. It is difficult to overestimate the significance of this transition. Originally all appeals were by right in both civil and criminal matters; appeal by right was of course subject to the fulfilment of the various conditions attaching to the exercise of the right. This was perfectly consonant with an intermediate appellate function. The legislature had attempted to predetermine the appropriate cases for appeal; no room was made for judicial discretion in controlling the Court's docket. "Thus, the most significant fact about the statutory basis of the Supreme Court of Canada's jurisdiction is that throughout the Court's history the appeal as of right has been the predominant mode of appeal" (Russell, "The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform" (1968), 6 Osgoode Hall L.J. 1, at p. 13). The possibility of appeal by special leave as an alternate means of access to the Court gradually made its appearance over a number of years in both civil and criminal matters but until the abolition of the *de plano* right to appeal in civil cases in 1975, the vast majority of appeals came by right.

Faced with a burgeoning caseload and inadequate discretionary means of controlling it, a tendency to read down the jurisdiction of the Court is discernible in the decisions.

In adjudicating claims to this [statutory right of appeal], the Supreme Court has found ample opportunity to introduce qualifications to the right which sometimes reflect the judges' own view of the Court's proper function. Even though all the statutory requirements for a *de plano* appeal may appear to have been met, nevertheless the Court has frequently quashed an appeal on the grounds, for instance, that the case turns on a

de ce fait, n'était pas l'arbitre ultime en matière civile ou criminelle, mais dans certaines circonstances on pouvait interjeter appel directement auprès du Comité judiciaire du Conseil privé.

a

Le deuxième facteur important dans l'évolution de la compétence de la Cour suprême en matière d'appel a été la transition de la prédominance des appels de plein droit à celle des appels avec autorisation. On ne saurait attacher trop d'importance à ce changement. Au début, tous les appels tant en matière civile qu'en matière criminelle étaient des appels de plein droit. L'appel de plein droit était, cela va de soi, assujéti à certaines conditions qui régissaient l'exercice de ce droit. Cela était parfaitement compatible avec le rôle d'une cour d'appel intermédiaire. Le législateur avait essayé de prédéterminer les causes susceptibles d'appel; il n'était pas possible de recourir au pouvoir discrétionnaire des juges pour contrôler le rôle de la Cour. [TRADUCTION] «Donc, le fait le plus important au sujet du fondement législatif de la compétence de la Cour suprême du Canada, est que, tout au long de l'histoire de la Cour, l'appel de plein droit a constitué le principal mode d'appel» (Russell, «The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada: Present Policies and a Programme for Reform» (1968), 6 Osgoode Hall L.J. 1, à la p. 13). La possibilité de former appel par suite d'une autorisation spéciale comme moyen subsidiaire d'accès à la Cour s'est instaurée progressivement au fil des ans en matière civile et en matière criminelle, mais jusqu'à l'abolition de l'appel de plein droit en matière civile, en 1975, la plupart des appels entendus étaient des appels de plein droit.

b

Confrontée à un foisonnement d'appels et disposant de moyens discrétionnaires insuffisants pour contrôler le rôle, la Cour a eu tendance, ce qui est discernable dans ses arrêts, à atténuer sa compétence.

c

[TRADUCTION] En se prononçant sur des demandes [fondées sur ce droit d'appel accordé par la Loi], la Cour suprême a souvent eu l'occasion d'imposer des restrictions à ce droit, qui reflètent parfois la conception que les juges ont du rôle réel de la Cour. Il est arrivé fréquemment que, même si on semblait avoir rempli toutes les conditions requises par la loi pour un appel de plein droit, la Cour annule néanmoins l'appel pour le

question of provincial procedure [Russell, *supra*, at p. 12].

Two qualifying conditions attached to the appeal as of right in civil cases were that it be from a "final judgment . . . of the highest court of final resort in a province" (R.S.C. 1927, c. 35, s. 36, as amended by 1949 (Can.), 2nd Sess., c. 37, s. 2). Both these conditions were very narrowly construed (see *United States of America v. Link and Green*, [1955] S.C.R. 183; *Ottawa Electric Co. v. Brennan* (1901), 31 S.C.R. 311; *Furlan v. City of Montreal*, [1947] S.C.R. 216). A further rule of construction was applied in cases of appeal as of right: if the Court's jurisdiction were doubtful it would not be assumed (*Chagnon v. Normand* (1889), 16 S.C.R. 661; *Cully v. Ferdais* (1900), 30 S.C.R. 330; *McKenzie v. Hiscock*, [1967] S.C.R. 781). As the appeal as of right predominated appeals to this Court these "rules" originated and were developed in the context of appeals as of right. They were measures which were probably justified as a means of controlling the Court's docket and reflected the strict constructionist inclinations of members of the Bench. The applicability of rules with a built-in bias against jurisdiction to issues of discretionary leave to appeal, however, seems unfounded. The discretionary element provides the screening mechanism formerly supplied by a narrow interpretation of jurisdiction.

Nevertheless, with the rising importance of special leave to appeal, especially after the major revision of the *Supreme Court Act* in 1949 (1949 (Can.), 2nd Sess., c. 37), it was inevitable that this narrow interpretation of jurisdiction would spill over, unjustifiably in my view, into the area of discretionary leave.

The problem of construction was exacerbated by the complexity of the statutory provisions relating to appeals, especially criminal appeals. The amending process was both erratic and piece-meal. Between 1892 and 1906, for example, essentially similar provisions for criminal appeals existed in

motif, par exemple, que l'affaire dépendait d'une question de procédure provinciale [Russell, précité, à la p. 12].

L'appel de plein droit en matière civile était assorti de deux conditions: il devait s'agir d'un appel contre un «jugement définitif . . . de la plus haute cour de dernier ressort dans une province» (S.R.C. 1927, chap. 35, art. 36, modifié par 1949 (Can.), 2<sup>e</sup> Sess., chap. 37, art. 2). Ces deux conditions ont été interprétées de façon très stricte (voir *United States of America c. Link and Green*, [1955] R.C.S. 183; *Ottawa Electric Co. c. Brennan* (1901), 31 R.C.S. 311; *Furlan c. Ville de Montréal*, [1947] R.C.S. 216). On a aussi appliqué une autre règle d'interprétation aux appels de plein droit: si la compétence de la Cour est douteuse, on ne peut en présumer l'existence. (*Chagnon c. Normand* (1889), 16 R.C.S. 661; *Cully c. Ferdais* (1900), 30 R.C.S. 330; *McKenzie c. Hiscock*, [1967] R.C.S. 781). Comme les appels de plein droit constituaient la majorité des pourvois à cette Cour, ces «règles» ont été créées et élaborées dans le contexte des appels de plein droit. Elles étaient probablement justifiées comme moyen de contrôle du rôle de la Cour et elles reflétaient la tendance à l'interprétation stricte que manifestaient les juges qui formaient la Cour. L'applicabilité de ces règles, qui reflètent une préférence inhérente pour l'absence de compétence, à des questions relatives aux autorisations d'appel discrétionnaires ne semble toutefois pas justifiée. L'élément discrétionnaire offre le mécanisme de tri que fournissait auparavant l'interprétation stricte de la compétence.

Néanmoins, l'importance accrue de l'autorisation d'appel spéciale, surtout après la révision en profondeur de la *Loi sur la Cour suprême* en 1949 (1949 (Can.), 2<sup>e</sup> Sess., chap. 37), rendait inévitable l'extension, injustifiée à mon avis, de cette interprétation stricte de la compétence au domaine de l'autorisation discrétionnaire.

La complexité des dispositions législatives concernant les appels, notamment les appels en matière criminelle, a accentué le problème d'interprétation. Le processus de modification a été à la fois désordonné et fragmentaire. Entre 1892 et 1906, par exemple, on retrouvait des dispositions

both *The Supreme and Exchequer Courts Act*, R.S.C. 1886, c. 135 and the new *Criminal Code*, 1892 (Can.), c. 29. In 1906 in the Revised Statutes the duplication was eliminated by s. 36 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1906, c. 139 which provided that "there shall be no appeal in a criminal case except as provided in the Criminal Code". At this time an appeal as of right was the only means of appealing a criminal matter.

An amendment to the *Criminal Code* in 1923 precipitated the troublesome case of *Goldhamer v. The King*, [1924] S.C.R. 290. The issue of the jurisdiction of the Supreme Court to entertain an appeal from sentence arose. The Court had difficulty reconciling the plain meaning of then s. 1024 which gave a right of appeal to "any person convicted of any indictable offence, whose conviction has been affirmed" with the newly amended s. 1013 which dealt with appeals to the Court of Appeal under a double rubric, appeals as to "conviction" and appeals as to "sentence". Idington J. felt that it was "fairly arguable" that there was a right of appeal to the Supreme Court of Canada from sentence by one convicted under s. 1013. "I cannot therefore confidently assert and hold that there is no appeal possible under such circumstances" (at pp. 292-93). Duff J., in one short paragraph, read s. 1024 together with s. 1013 and concluded that there was "no right of appeal to the Supreme Court of Canada from the judgment given by a court of appeal on an appeal under subsection (2) of section 1013" (at p. 293). Mignault J. said essentially the same thing (at pp. 293-94):

As now amended, article 1013 gives a right of appeal against a conviction, and against a sentence pronounced by the trial court against a person convicted on indictment. Article 1024 was not amended by the 1923 statute and under it the right of appeal is restricted to an appeal against the affirmance of the conviction. Reading it with article 1013, as amended, the appeal from the sentence under paragraph 2 of article 1013 cannot be brought before this court.

essentiellement identiques, quant aux appels en matière criminelle, dans l'*Acte des cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, chap. 135 et dans le nouveau *Code criminel*, 1892 (Can.), chap. 29. <sup>a</sup> Dans les Statuts révisés de 1906, l'art. 36 de la *Loi de la cour Suprême*, S.R.C. 1906, chap. 139 a éliminé le double emploi; cet article prévoyait que «il n'y a, dans les causes pénales, d'appels que ceux qui sont prévus par le Code criminel». A l'époque, <sup>b</sup> l'appel de plein droit était le seul moyen de se pourvoir en matière criminelle.

Une modification apportée au *Code criminel* en 1923 est à l'origine du malencontreux arrêt *Gold-* <sup>c</sup> *hamer c. Le Roi*, [1924] R.C.S. 290. Cette affaire portait sur la compétence de la Cour suprême d'entendre un appel d'une sentence. La Cour a eu de la difficulté à concilier le sens manifeste de l'art. 1024 alors en vigueur qui accordait un droit <sup>d</sup> d'appel à «toute personne convaincue d'un acte criminel et dont la conviction a été confirmée» avec l'art. 1013 récemment modifié qui traitait des appels à la Cour d'appel sous une double rubrique, <sup>e</sup> les appels d'un «jugement de culpabilité» et les appels d'une «sentence». Le juge Idington a estimé [TRADUCTION] «franchement discutable» l'existence, fondée sur l'art. 1013, du droit pour la personne déclarée coupable d'en appeler de sa <sup>f</sup> sentence à la Cour suprême du Canada. [TRADUCTION] «Je ne puis donc affirmer et conclure en toute confiance qu'il n'y a pas d'appel possible dans de telles circonstances» (aux pp. 292 et 293). Le juge Duff, dans un court alinéa, compare les <sup>g</sup> art. 1024 et 1013 et conclut qu'il n'y a [TRADUCTION] «aucun droit d'appel à la Cour suprême du Canada de l'arrêt d'une cour d'appel rendu par suite d'un appel interjeté en vertu du paragraphe <sup>h</sup> (2) de l'article 1013» (à la p. 293). Le juge Mignault affirme essentiellement la même chose (aux pp. 293 et 294):

[TRADUCTION] Dans sa forme modifiée, l'article 1013 accorde un droit d'appel d'une déclaration de culpabilité <sup>i</sup> et d'une sentence prononcée par le tribunal contre une personne déclarée coupable à la suite d'un acte d'accusation. En vertu de l'article 1024 qui n'a pas été modifié par la loi de 1923, le droit d'appel se limite à un appel de la confirmation d'une déclaration de culpabilité. Si on fait le rapprochement avec l'article 1013 modifié, l'appel <sup>j</sup> d'une sentence prévu au paragraphe 2 de l'article 1013 ne peut être interjeté auprès de cette Cour.

Thus the rule against sentence appeals in the Supreme Court of Canada was born. It would appear that the jurisdiction of this Court to hear appeals on sentence had formerly not been questioned. Counsel for the appellant in *Goldhamer* had been caught by surprise and no submissions were in fact made on the jurisdictional issue.

Upon said appeal coming on for hearing herein, some members of our court took the objection that we had no jurisdiction.

I suggested to counsel for appellant, who was thereby taken by surprise, that he better urge anything he had to say on the merits, and take a few days to submit a further factum, answering the point of want of jurisdiction.

A week has elapsed but nothing further submitted, possibly because I had submitted to him that I could see no merits in the appeal, including the objection upon which he chiefly relied, that the fine having been paid there could be no appeal to the Court of King's Bench [at p. 291 *per* Idington J.].

The sections dealing with Supreme Court appeals had not been amended at the time of the 1923 amendment to the Court of Appeal provisions and it is unlikely that the legislators directed their minds to the possible effect their wording of s. 1013 would have on then s. 1024. But the rule against sentence appeals to the Supreme Court prevailed, despite a statutory basis which was, at the very least, arguable. This is easily explainable. The case afforded the opportunity to contain the rising tide of appeals as of right.

The rule, in one of its aspects, was a good one which became better as the role of the Supreme Court shifted from that of an intermediate appeal court to final arbiter in issues of national importance. "Fitness" or "quantum" of sentence is best left to the courts of appeal. The power of the Court of Appeal to "consider the fitness of the sentence appealed against" is now contained in s. 614(1) of the *Criminal Code*. I have no quarrel with this. The Supreme Court of Canada should not consider questions of the fitness of an individual's sentence. That is not its role:

Ainsi est née la règle selon laquelle il n'y a pas d'appel d'une sentence à la Cour suprême du Canada. Il semblerait que la compétence de cette Cour pour entendre les appels d'une sentence n'avait pas été mise en doute auparavant. L'avocat de l'appelant, dans l'affaire *Goldhamer*, avait été pris par surprise et, en fait, aucun argument n'avait porté sur la question de compétence.

[TRADUCTION] A l'audition de l'appel en cette cour, certains juges ont soulevé l'objection que nous n'avions pas compétence.

J'ai dit à l'avocat de l'appelant, qui se trouvait de ce fait pris par surprise, qu'il aurait avantage à présenter sa plaidoirie sur le fond et à soumettre un autre mémoire dans quelques jours pour répondre à la question de l'absence de compétence.

Il s'est écoulé une semaine, mais aucun autre mémoire n'a été présenté, peut-être parce que je lui ai indiqué que j'estimais non fondés le pourvoi et notamment le moyen sur lequel il s'appuyait principalement, portant que puisque l'amende avait déjà été payée il ne pouvait y avoir d'appel à la Cour du Banc du Roi [à la p. 291, le juge Idington].

Les articles portant sur les appels à la Cour suprême n'avaient pas été modifiés à l'époque de la modification de 1923 apportée aux dispositions relatives aux appels à la Cour d'appel et il est peu probable que les rédacteurs de la loi aient songé aux effets possibles de leur formulation de l'art. 1013 sur l'art. 1024 alors en vigueur. Mais la règle interdisant les appels de sentence à la Cour suprême l'a emporté malgré un fondement législatif qui était à tout le moins discutable. Cela s'explique facilement. L'affaire donnait l'occasion de contenir la vague des appels de plein droit.

A un égard, la règle était d'autant plus valable que le rôle de la Cour suprême passait de celui de cour d'appel intermédiaire à celui d'arbitre ultime des questions d'importance nationale. La «justesse» ou «l'importance» d'une sentence relève plutôt des cours d'appel. Le pouvoir de la Cour d'appel de «considérer la justesse de la sentence dont appel est interjeté» est maintenant formulé au par. 614(1) du *Code criminel*. Je n'ai pas d'objection à cela. La Cour suprême du Canada ne devrait pas examiner la justesse de la sentence imposée à une personne. Ce n'est pas son rôle:

Here, the fundamental factor to keep in mind is that most of the disputes which reach the Supreme Court have first been adjudicated by a trial court and a provincial appeal court. The litigant has had his "day in court." It is not the function of the Supreme Court to give him yet another day. "Review by the Supreme Court", to quote Chief Justice Hughes of the United States Supreme Court, "is thus in the interests of the law, its appropriate exposition and enforcement, not in the mere interest of the litigants." The Canadian Supreme Court, too, should be designed and operated to serve not the private interests of dissatisfied litigants but the community's interest in obtaining an authoritative settlement of questions of law of importance to the whole nation [Russell, *supra*, at pp. 28-29].

It is incorrect, however, in my opinion, to characterize our justifiable reluctance to consider questions of fitness of sentence as lack of jurisdiction. It is to compound the error to extend the argument of lack of jurisdiction to what are clearly important questions of law arising out of the sentencing process. The function of this Court is precisely that, to settle questions of law of national importance in the interests of promoting uniformity in the application of the law across the country, especially with respect to matters of federal competence. To decline jurisdiction is to renounce the paramount responsibility of an ultimate appellate court with national authority.

In *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60, Cartwright J., in his dissenting judgment, sought a construction of the applicable statutory provisions which would give "effect to the apparent intention of Parliament that our jurisdiction in criminal matters should be strictly limited to points of law and yet wide enough to assure uniformity in the interpretation of the criminal law throughout Canada" (at p. 79). The "pure point of law" which the appellant sought to have decided in the *Goldhar* case, Cartwright remarked, fell "within the literal meaning" of the appeals by leave, s. 597(1)(b) of the revised *Criminal Code*, 1953-54 (Can.), c. 51. After distinguishing the *Goldhamer* decision he found that (at p. 77):

[TRADUCTION] Ici, l'élément fondamental à retenir est que la plupart des litiges dont est saisie la Cour suprême ont déjà été tranchés par un tribunal de première instance et une cour d'appel provinciale. Les parties au litige ont déjà eu l'occasion de se faire entendre. Il ne revient pas à la Cour suprême de leur fournir une autre occasion. «L'examen de la Cour suprême, d'après le juge en chef Hughes de la Cour suprême des États-Unis, a donc lieu dans l'intérêt du droit, de son interprétation et de son application régulières, et non dans le seul intérêt des parties au litige.» La Cour suprême du Canada devrait elle aussi servir, par sa conception et son fonctionnement, non pas les intérêts personnels des parties mécontentes, mais l'intérêt de la société en fournissant une solution péremptoire aux questions de droit qui intéressent l'ensemble de la nation [Russell, précité, aux pp. 28 et 29].

Il est toutefois erroné, à mon avis, de qualifier d'absence de compétence notre hésitation justifiable à nous prononcer sur des questions de justesse d'une sentence. C'est ajouter à l'erreur que d'appliquer l'argument de l'absence de compétence à ce qui constitue clairement d'importantes questions de droit que soulève le processus de sentence. Le rôle de cette Cour est précisément de trancher des questions de droit d'importance nationale dans le but de favoriser l'application uniforme du droit dans tout le pays, spécialement pour ce qui est des sujets de compétence fédérale. Décliner sa compétence équivaut à refuser de remplir la fonction prépondérante d'une cour d'appel de dernier ressort et d'envergure nationale.

Dans l'arrêt *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 60, le juge Cartwright, dans ses motifs de dissidence, a cherché une interprétation des dispositions législatives applicables qui [TRADUCTION] «réaliserait l'intention du législateur qui a apparemment voulu que notre compétence en matière criminelle soit strictement limitée aux questions de droit et, en même temps, suffisante pour assurer une interprétation uniforme du droit criminel dans tout le Canada» (à la p. 79). La «question de droit strict» que l'appellant demandait de trancher dans l'arrêt *Goldhar* correspondait, d'après le juge Cartwright, au sens littéral de l'appel avec autorisation visé à l'al. 597(1)(b) du *Code criminel* révisé, 1953-54 (Can.), chap. 51. Après avoir fait la distinction avec l'arrêt *Goldhamer*, il a conclu (à la p. 77):

In my opinion no sufficient reason has been advanced for interpreting s. 597 so as to refuse a jurisdiction which appears to me to be conferred upon the Court by the words of that section construed in their ordinary and literal meaning.

This interpretation, he felt, was buttressed by s. 41 of the *Supreme Court Act* which he found to be “*in pari materia*” with s. 597 of the *Code*.

It is important to remember that between *Goldhamer* and *Goldhar* significant revisions to the *Supreme Court Act* had intervened in 1949. The Supreme Court had replaced the Privy Council as the ultimate appeal court for Canada.

The powers of this Court in the exercise of its jurisdiction are no less in scope than those formerly exercised in relation to Canada by the Judicial Committee [*Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212, *per* Rand J.].

A narrow interpretation of jurisdiction was not in keeping with the new function of the Court:

At the apex of the single Canadian System is the Supreme Court of Canada. Obviously its jurisdiction should be as comprehensive respecting federal and provincial laws as is that of the lower courts, subject to the screening of cases for their national importance as indicated [Lederman, “Thoughts on Reform of The Supreme Court of Canada” (1970), 8 *Alta L.R.* 1, at pp. 16-17].

In 1975 appeals as of right in civil matters were abolished and s. 41(1) governing appeals with leave assumed a major importance in the scheme of the Act. It was amended and enlarged in order to adapt it to the role which the Court had assumed and which Nesbitt J. had foreseen in 1904. Sections 41(1) and 41(3) of the *Supreme Court Act* now read:

41. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme

[TRADUCTION] A mon avis, on n’a soumis aucun motif suffisant pour interpréter l’art. 597 de manière à nier une compétence qui me paraît accordée à la Cour par cet article pris dans son sens littéral et ordinaire.

a

Cette interprétation, à son avis, était étayée par l’art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* qu’il a jugé être “*in pari materia*” avec l’art. 597 du *Code*.

b

Il est important de se rappeler qu’en 1949, entre l’arrêt *Goldhamer* et l’arrêt *Goldhar*, d’importantes modifications avaient été apportées à la *Loi sur la Cour suprême*. La Cour suprême avait remplacé le Conseil privé comme cour d’appel de dernier ressort pour le Canada.

c

[TRADUCTION] Les pouvoirs que cette Cour possède dans l’exercice de sa compétence n’ont pas une portée moindre que ceux exercés autrefois par le Comité judiciaire à l’égard du Canada. [*Re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, le juge Rand à la p. 212].

d

Une interprétation stricte de la compétence n’était pas compatible avec le nouveau rôle de la Cour:

e

[TRADUCTION] Au sommet du système judiciaire canadien se trouve la Cour suprême du Canada. Manifestement, sa compétence doit être aussi étendue que celle des cours de juridiction inférieure à l’égard des lois provinciales et fédérales, sous réserve du tamisage des causes selon leur importance nationale tel que mentionné [Lederman, «Thoughts on Reform of The Supreme Court of Canada» (1970), 8 *Alta L.R.* 1, aux pp. 16 et 17].

f

g

En 1975, les appels de plein droit en matière civile ont été abolis et le par. 41(1) relatif aux appels avec autorisation a pris une importance prépondérante dans l’économie de la Loi. Le paragraphe a été modifié et élargi de manière à l’adapter au nouveau rôle de la Cour, rôle que le juge Nesbitt avait prévu en 1904. Les paragraphes 41(1) et 41(3) de la *Loi sur la Cour suprême* se lisent maintenant comme suit:

h

i

41. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel à la Cour suprême de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l’affaire en question, ou par l’un des juges de cette cour, que l’autorisation d’en appeler à la Cour suprême ait ou non été refusée par un autre tribunal, lorsque la Cour suprême estime, étant donné

j

Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from such judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

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

In the decision, *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827 the repercussions of the s. 41 amendments made themselves felt. The case was heard by the full court and in my view goes a long way in sustaining the contentions of both counsel now before us that the Court has jurisdiction to hear and determine the present appeal. Hill had pleaded guilty to charges of rape and wounding. He was sentenced to twelve years and appealed against sentence. The Court of Appeal for Ontario increased the sentence to one of life imprisonment. The question of law presented to the Court was whether, on an appeal by an accused against sentence, where there is no cross-appeal by the Crown to have the sentence increased, the Court of Appeal has the power to increase the sentence imposed upon the accused. The judgment of Martland, Judson, Pigeon and de Grandpré JJ. was delivered by Pigeon J. who introduced his discussion with respect to jurisdiction with these words (at p. 843):

On the hearing of this appeal, counsel for the Crown objected to the jurisdiction of this Court relying on *Goldhar v. The Queen*, a decision rendered on an application for leave to appeal heard by a court of five judges in which it was held, Cartwright J. dissenting, "that this Court has no jurisdiction to entertain an appeal against a sentence imposed for the commission of an indictable offence". In my view, that decision is not binding and should not be followed for the following reasons.

Mr. Justice Pigeon then observed that before the 1949 amendments, the *Supreme Court Act* did not confer jurisdiction on this Court in criminal cases

l'importance de l'affaire pour le public, l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde dès lors l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement.

(3) Nul appel à la Cour suprême ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou de juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Les conséquences de la modification de l'art. 41 se sont faites sentir dans l'arrêt *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827. Le pourvoi a été entendu par la Cour au complet et, à mon avis, il appuie fortement les prétentions des avocats des parties en l'espèce portant que la Cour est compétente pour entendre et trancher le présent pourvoi. Hill avait plaidé coupable à des accusations de viol et de blessures. Condamné à douze ans d'emprisonnement, il a interjeté appel de la sentence. La Cour d'appel de l'Ontario l'a condamné à l'emprisonnement à perpétuité. La question de droit soumise à cette Cour était de savoir si, dans l'appel d'une sentence interjeté par un accusé, alors que la poursuite ne forme pas d'appel incident visant à obtenir une sentence plus sévère, la Cour d'appel a le pouvoir de prononcer une sentence plus sévère. Le jugement des juges Martland, Judson, Pigeon et de Grandpré a été rendu par le juge Pigeon qui a abordé la question de compétence en ces termes (à la p. 843):

A l'audition du présent pourvoi, l'avocat représentant le ministère public a contesté la juridiction de cette Cour, en invoquant *Goldhar c. La Reine*, une décision rendue sur une demande d'autorisation d'appel entendue par cinq juges, où l'on a statué, le juge Cartwright dissident, [TRADUCTION] «que la Cour n'a pas juridiction pour entendre un appel d'une sentence afférente à un acte criminel». A mon avis, cette décision ne lie pas la Cour et ne doit pas être suivie, pour les motifs suivants.

Le juge Pigeon a ensuite souligné qu'avant la modification de 1949, la *Loi sur la Cour suprême* n'accordait pas compétence à cette Cour en



due to the exclusionary clause in s. 36: "except in criminal cases and in proceedings for or upon a writ of *habeas corpus*, *certiorari* or prohibition arising out of a criminal charge"; therefore, any jurisdiction in criminal matters had to be found in the *Criminal Code* or other statute. Mr. Justice Pigeon discussed the line of cases in which the Court had uniformly adhered to a literal construction of s. 41 and granted leave to appeal in criminal matters for any judgments not excluded by subs. (3); *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, reported on merits only at [1956] S.C.R. 303, *Parkes v. The Queen* [1956] S.C.R. 134, *Smith v. The Queen* [1959] S.C.R. 638. He reviewed the decisions in which a different view had been taken, namely, *Goldhar v. The Queen* [1960] S.C.R. 60, *Paul v. The Queen* [1960] S.C.R. 452, *R. v. J. Alepin Frères Ltée* [1965] S.C.R. 359, *R. v. MacDonald* [1965] S.C.R. 831. The judgment continues (at p. 850):

There is a clear conflict between the four last mentioned cases and the other judgments adhering explicitly or implicitly to a different view of s. 41. This means that on any view of the rule of *stare decisis* the Court has to choose between the two conflicting views.

In my opinion, the literal construction is preferable not only because in the absence of ambiguity the literal meaning should always be adhered to despite any inconsistencies short of absurdity, but also because any assumption that Parliament did not intend to depart from the previous state of the law is unjustified. Section 41 was enacted substantially in its present form at the time when appeals to the Privy Council were being abolished and this court was being made truly supreme. The Privy Council had enjoyed unlimited jurisdiction by special leave and it is apparent that the new provision was intended to effect the change from a limited specific jurisdiction to a broad general jurisdiction. To hold that the inconsistencies resulting from this sweeping change indicate the intention of leaving some wide gaps open is, in my view, entirely unwarranted. On the contrary, the enactment of a provision that undoubtedly confers some jurisdiction in criminal matters beyond that existing under the *Criminal Code*, clearly indicates Parliament's will to remedy the omission to extend the jurisdiction of this Court in criminal cases when the Privy Council's jurisdiction in such cases was effectively abolished after

matière criminelle vu la disposition d'exclusion de l'art. 36: «sauf en matière pénale et dans les procédures relatives à un bref d'*habeas corpus*, de *certiorari* ou de prohibition à la suite d'une accusation criminelle»; en conséquence, toute compétence en matière pénale devait se fonder sur le *Code criminel* ou sur une autre loi. Le juge Pigeon a analysé une série d'arrêts où la Cour s'en était tenue à une interprétation littérale de l'art. 41 et avait accordé l'autorisation d'appeler en matière criminelle de tout jugement qui n'était pas exclu par le par. (3); *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, dont seul le jugement sur le fond est publié à [1956] R.C.S. 303, *Parkes c. La Reine* [1956] R.C.S. 134, *Smith c. La Reine* [1959] R.C.S. 638. Il a étudié les arrêts où l'on avait adopté un point de vue différent, notamment *Goldhar c. La Reine* [1960] R.C.S. 60, *Paul c. La Reine* [1960] R.C.S. 452, *R. c. J. Alepin Frères Ltée* [1965] R.C.S. 359, *R. v. MacDonald* [1965] R.C.S. 831. Le juge Pigeon ajoute (à la p. 850):

Il y a manifestement conflit entre les quatre dernières décisions susmentionnées et les autres jugements qui adoptent explicitement ou implicitement une interprétation différente de l'art. 41. Il en résulte que, quelle que soit la conception de la règle *stare decisis* à laquelle on adhère, la Cour doit choisir entre deux opinions contradictoires.

A mon avis, l'interprétation littérale est préférable non seulement parce que, sauf en cas d'ambiguïté, il faut toujours s'en tenir au sens littéral des mots malgré les inconséquences qui peuvent en résulter sauf si l'on aboutit à une absurdité, mais aussi parce qu'il n'y a pas lieu de présumer que le Parlement n'entendait pas modifier profondément l'état du droit. L'article 41 a été promulgué essentiellement dans sa forme actuelle en même temps que les appels au Conseil privé étaient abolis et cette Cour devenait véritablement suprême. Le Conseil privé jouissait d'une juridiction illimitée par voie d'autorisation et il est évident que la nouvelle disposition visait à transformer la juridiction limitée de la Cour en une juridiction générale. A mon avis, rien ne permet de croire que les inconséquences résultant de cette modification majeure signifient qu'on a voulu laisser de grandes lacunes. Au contraire, la promulgation d'une disposition qui confère indubitablement en matière pénale une juridiction allant au-delà de celle qui existe en vertu du *Code criminel*, indique clairement la volonté du Parlement de remédier à l'omission d'étendre la juridiction de cette Cour en matière pénale lorsque la juridic-

the Statute of Westminster.

Mr. Justice Pigeon concludes on this point (at p. 851):

For those reasons, it does not appear to me that s. 41(3) should be construed otherwise that [*sic*] in accordance with the strict meaning of "convicting" and "conviction" as established by the *Goldhamer* decision. This means that, in my view, the objection to jurisdiction fails. However, I consider it appropriate to point out that such conclusion implies no departure from our rule of never entertaining an appeal concerning the fitness of a sentence.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson J., dissenting as to the merits but in agreement with Pigeon J. on the jurisdictional point, was delivered by the Chief Justice. Two passages bear upon the jurisdictional issue in the present appeal. The first reads (at p. 830):

Like my brother Spence, I am in agreement with my brother Pigeon in his disposition of the question of jurisdiction, a disposition that affirms jurisdiction in this case and which consequently involves the overruling of the *Goldhar* case, and of other cases which adopted its approach to deny jurisdiction.

The disposition by Pigeon J. affirming this Court's jurisdiction in *Hill* was perceived as overruling the *Goldhar* case and the other cases which adopted its approach to deny jurisdiction. Pigeon J. left no doubt as to his position. He stated that the *Goldhar* case was not binding and should not be followed. *Hill* adopted the general proposition, repudiated in *Goldhar v. The Queen* and *Paul v. The Queen* that matters not mentioned in s. 41(3) must be held to be comprised in s. 41(1) with the consequence that this Court would have jurisdiction to entertain an appeal from a judgment of a nature similar to the one here considered. With respect, I cannot find in s. 41 of the *Supreme Court Act* or in the *Criminal Code* any wording which would accord this Court jurisdiction to hear sentencing matters where the issue was as to constitutionality or judicial power but not otherwise. I simply cannot find the basis for such a distinction in the wording.

tion du Conseil privé en cette matière a été effectivement abolie après le Statut de Westminster.

Le juge Pigeon conclut sur ce point (à la p. 851):

Pour ces motifs, je ne crois pas que le par. 3 de l'art. 41 doit être interprété autrement que selon le sens strict de «convicting» et «conviction» établi dans la décision *Goldhamer*. Il en résulte qu'à mon avis, l'objection à la juridiction n'est pas fondée. Il me semble toutefois à propos de signaler qu'en venant à cette conclusion je n'entends aucunement m'écarter de notre règle de ne jamais entendre un pourvoi où l'on nous demanderait de décider si la sentence est convenable.

Les motifs du juge en chef Laskin et du juge Dickson, qui sont dissidents quant au fond, mais qui souscrivent aux motifs du juge Pigeon sur la question de compétence, ont été rendus par le Juge en chef. Deux passages de ces motifs touchent la question de compétence soulevée par le présent pourvoi. Le premier se lit ainsi (à la p. 830):

Comme mon collègue le juge Spence, je souscris à la conclusion de mon collègue le juge Pigeon sur la question de juridiction, conclusion qui confirme la juridiction en l'espèce et se trouve à contredire l'arrêt *Goldhar*, et les autres arrêts dans le même sens.

La conclusion du juge Pigeon dans l'arrêt *Hill*, par laquelle il confirme la compétence de cette Cour, a été perçue comme renversant l'arrêt *Goldhar* et les autres arrêts dans le même sens. Le juge Pigeon n'a laissé planer aucun doute quant à sa position. Il a affirmé que l'arrêt *Goldhar* ne lie pas la Cour et ne doit pas être suivi. L'arrêt *Hill* adopte la thèse générale, rejetée par les arrêts *Goldhar c. La Reine* et *Paul c. La Reine*, selon laquelle les sujets qui ne sont pas mentionnés au par. 41(3) doivent être considérés comme compris au par. 41(1), ce qui a pour conséquence que la Cour serait compétente pour entendre un appel d'un jugement d'une nature semblable à celui visé en l'espèce. Avec égards, je ne puis trouver ni à l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, ni dans le *Code criminel*, une formulation qui conférerait à cette Cour la compétence d'entendre des appels relatifs à des questions de sentence lorsque le litige porte sur une question de constitutionnalité ou de compétence judiciaire, mais non sur d'autres sujets. Je ne puis simplement pas trouver de fondement à une telle distinction dans le langage utilisé.

The second passage of Laskin C.J. reads (at pp. 831-32):

I take first the preliminary question of jurisdiction. It is to me unreal to think that literal construction determines the result when in order to arrive at a detailed review of legislative history is required (and properly so) and the purpose of the measure under review is pursued through an examination of the changes made in the jurisdiction and role of this Court. Once it is admitted, as it must be here, that reasonable men can differ on the effect of language directed to a particular end which itself is in issue, we are in a situation where our conclusion will be influenced by our view of what this Court's jurisdiction and role should be. Since I would not exclude cases from the leave jurisdiction of this Court unless it is quite plain that they have been excluded by statute, and since I do not regard the present appeal as plainly excluded I support the conclusion of my brother Pigeon on the question of jurisdiction.

It is not plain that a case such as that presently before us is excluded by statute. On the contrary it seems to be common ground that it falls within the literal, broad and embracing words of s. 41 of the *Supreme Court Act*. The present appeal is brought (i) from a "final judgment"; (ii) "of the highest court of final resort in a province . . . in which judgment can be had in the particular case", *i.e.* from the Court of Appeal of Ontario; (iii) the "question involved" is "by reason of its public importance" . . . "one that ought to be decided by the Supreme Court" — the granting of leave to appeal testifies to this; (iv) the judgment sought to be appealed is not one falling within the exclusionary words of s. 41(3), for it is not one acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or of an offence other than an indictable offence. In *Hill* all nine judges joined in support of the view that s. 41 of the *Supreme Court Act* was intended to confer a broad general jurisdiction, beyond that existing under the *Criminal Code*. The Court rejected as "entirely unwarranted" the notion dominating the *Goldhar* line of cases that possible inconsistencies arising from a broad construction of s. 41 indicated Parliamentary intention to leave some wide gaps open.

Le second extrait des motifs du juge en chef Laskin se lit ainsi (aux pp. 831 et 832):

Prenons d'abord la question préliminaire de la juridiction. Il me paraît artificiel de prétendre considérer décisive l'interprétation littérale tout en faisant (à juste titre d'ailleurs) une étude détaillée de l'historique législatif et en recherchant l'objectif par l'examen des changements apportés à la juridiction et au rôle de cette Cour. Dès qu'il est admis, comme il le faut en l'espèce, que l'on peut raisonnablement différer d'opinion sur l'effet d'un texte visant un objectif qui est lui-même mis en question, nous nous trouvons dans une situation où notre opinion sur ce que doit être la juridiction et le rôle de cette Cour influencera notre conclusion. Comme je ne suis disposé à exclure de la juridiction de cette Cour par voie d'autorisation rien qui ne soit très clairement exclu par la loi, et comme, à mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce, je souscris à la conclusion de mon collègue le juge Pigeon sur la question de la juridiction.

Il n'est pas évident que la loi exclut un cas comme celui qui nous est soumis. Au contraire, il semble admis par toutes les parties qu'il est visé par les termes généraux de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême*, dans leur sens littéral. Le présent appel porte sur (i) un «jugement définitif», (ii) «rendu par la plus haute cour du dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question», *c.-à-d.* de la Cour d'appel de l'Ontario, (iii) la «question . . . qu'elle comporte», «étant donné l'importance de l'affaire pour le public» est telle que «la Cour suprême . . . devrait en être saisie» — l'autorisation d'appeler en fait foi, (iv) l'arrêt dont on cherche à interjeter appel n'est pas un arrêt auquel s'appliquent les dispositions d'exclusion du par. 41(3) puisqu'il ne s'agit pas d'un jugement acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou d'une infraction autre qu'un acte criminel. Dans l'arrêt *Hill*, les neuf juges de la Cour ont affirmé à l'unanimité que l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* vise à attribuer une compétence générale plus étendue que celle que confère le *Code criminel*. Cette Cour a rejeté comme totalement injustifiée la notion qui prévaut dans l'arrêt *Goldhar* et les arrêts semblables, voulant que les inconséquences qui peuvent résulter d'une interprétation large de l'art. 41 traduisent l'intention du législateur de laisser de grandes lacunes.

Three later cases should be mentioned. The Court in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940 considered a provision for compensation under s. 653 of the *Code* which the Court found to be "tied expressly to the sentencing process" (at p. 948). The judge of first instance made a composite order at the time the respondent, Anne Zelensky, was sentenced to imprisonment and to a term of probation after pleading guilty to theft. The order was made in pursuance of an application for such relief by T. Eaton Company Limited, the victim of the theft. This Court held that s. 653 was valid as part of the sentencing process. The Court went on to provide some guidance to trial judges on the proper application of s. 653.

In *R. v. Skolnick*<sup>1</sup> the Court recently heard argument and reserved judgment on the question whether the mandatory minimum penalty prescribed by s. 236(1)(c) of the *Criminal Code* for a third offence applies to an accused who has been previously convicted and sentenced for two offences arising out of the same incident.

In the third case, *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749 the issue was as to the legality of a sentence of eight years' imprisonment imposed upon the appellant, it being admitted that the sentencing judge had acted upon evidence of a potential but untried charge not connected with the offence to which the plea of guilty had been entered. The judgment of the Court was delivered by my brother McIntyre and concurred in by the six other members of the Court.

The lack of jurisdictional challenge in *Zelensky*, in *Skolnick*, in *Lees* and by the leave granting panel in *Gardiner* suggests, to me at least, an acceptance of the view that *Hill* gave the quietus to *Goldhar* and to the abnegation which under-

<sup>1</sup> Judgment pronounced July 22, 1982 and published at [1982] 2 S.C.R. 47.

Trois arrêts subséquents doivent être cités. Dans l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, la Cour a étudié une disposition relative au dédommagement en vertu de l'art. 653 du *Code*, qu'elle a estimée «expressément liée au processus de sentence» (à la p. 948). Le juge de première instance a rendu une ordonnance mixte au moment de prononcer la sentence de l'intimée, Anne Zelensky, qu'il a condamnée à l'emprisonnement et à une période de probation après qu'elle eût plaidé coupable à un accusation de vol. L'ordonnance a été rendue à la demande de T. Eaton Company Limited, la victime du vol. Cette Cour a jugé l'art. 653 valide comme partie du processus de sentence. La Cour a aussi donné certaines directives aux juges de première instance quant à l'application régulière de l'art. 653.

Dans l'affaire *R. c. Skolnick*<sup>1</sup>, la Cour a récemment entendu les plaidoiries et pris en délibéré la question de savoir si la peine minimale obligatoire que prescrit l'al. 236(1)c) du *Code criminel* pour une troisième infraction s'applique à un accusé qui a déjà été déclaré coupable de deux infractions découlant des mêmes faits et condamné pour celles-ci.

Dans la troisième affaire, *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749, le litige portait sur la légalité d'une sentence de huit ans d'emprisonnement imposée à l'appelant alors qu'il était reconnu que le juge qui avait prononcé la sentence l'avait fait en fonction d'une preuve relative à un chef d'accusation possible, n'ayant fait l'objet d'aucun procès et sans rapport avec l'infraction visée par l'aveu de culpabilité. Le jugement de cette Cour a été prononcé par mon collègue le juge McIntyre aux motifs duquel ont souscrit les six autres juges de la Cour.

L'absence de contestation de la compétence de la Cour dans les affaires *Zelensky*, *Skolnick* et *Lees* et l'octroi de l'autorisation d'appeler dans *Gardiner* traduisent, à mon avis du moins, une acceptation du point de vue selon lequel l'arrêt

<sup>1</sup> Jugement prononcé le 22 juillet 1982 et publié à [1982] 2 R.C.S. 47.

pinned that decision and those which followed in its wake. *Hill* mandated an expansive reading of s. 41(1), the better to enable this Court to discharge its role at the apex of the Canadian judicial system, as the court of last resort for all Canadians.

If policy considerations are to enter the picture, as they often do, there would appear to me to be every reason why this Court should remain available to adjudicate upon difficult and important questions of law in the sentencing process, in particular where there are, as here, conflicting opinions expressed in the provinces. Indeed we are asked, in effect, in this appeal to decide between two opinions of the Ontario Court of Appeal which are in direct conflict. I can see no advantage to litigants or to the orderly administration of justice in closing doors which do not have to be closed.

The size of the Court's docket should not determine jurisdiction. The leave granting process is available to screen out those cases which do not give rise to legal issues of high importance in the sentencing process. It was argued at the time of *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138 and *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265 that a flood of litigation would follow any relaxation of the rules governing standing in constitutional challenges. Experience has shown those fears to be groundless. As Cartwright J. observed in passing in *Goldhar*, at p. 79, the "cases in which a sentence can be questioned on a pure point of law are likely to be few and far between".

Although I am of the view that the Court has jurisdiction to assess the fitness, *i.e.* the quantum of a sentence, I am equally of the view that as a matter of policy we should not do so. It is a rule of our own making and a good rule. But it does not go to limit the general appellate jurisdiction of this Court to determine questions of criminal law of national importance. The sentence here is ques-

*Hill* a donné le coup de grâce à l'arrêt *Goldhar* et au renoncement qui a marqué ce dernier arrêt et ceux qui ont suivi dans le même sens. L'arrêt *Hill* a donné au par. 41(1) une interprétation plus libérale qui permet à cette Cour de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens.

Si des considérations de principe doivent entrer en ligne de compte, comme c'est souvent le cas, il me semble tout à fait de mise que cette Cour soit prête à trancher des questions de droit importantes et difficiles quant au processus de sentence, surtout lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des opinions contradictoires ont été exprimées dans les provinces. En fait, dans le présent pourvoi, on nous demande de départager deux opinions de la Cour d'appel de l'Ontario qui sont en contradiction l'une avec l'autre. Je ne puis voir d'avantage ni pour les parties au litige ni pour la bonne administration de la justice à fermer la porte quand il n'est pas nécessaire de le faire.

La charge de travail de la Cour ne devrait pas servir à déterminer sa compétence. Le processus d'autorisation permet d'éliminer les pourvois qui ne soulèvent pas de questions de droit importantes quant au processus de sentence. On a soutenu à l'époque des arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138 et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 que l'élargissement des règles qui gouvernent la qualité pour agir dans les affaires constitutionnelles entraînerait un afflux de litiges. L'expérience a démontré que ces craintes étaient injustifiées. Comme le juge Cartwright l'a fait remarquer incidemment dans l'arrêt *Goldhar*, à la p. 79, [TRA-DUCTION] «des cas où une sentence peut être contestée sur une question de droit strict sont probablement peu nombreux et peu fréquents».

Bien que je sois d'avis que la Cour a compétence pour évaluer la justesse d'une sentence, c.-à-d. son importance, je suis également d'avis qu'en principe, nous ne devrions pas le faire. C'est une règle que nous avons édictée nous-mêmes et elle est valable. Toutefois, elle n'a pas pour effet de limiter la compétence générale en matière d'appel que possède cette Cour pour trancher les questions de

tioned on a point of law. The appeal is against the principle, not the fitness, of a sentence. The legality of the sentence is at issue.

Questions of burden of proof have traditionally been of concern to the judiciary and left to the judiciary and not Parliament to resolve. We are dealing here with a procedure which has evolved at common law and not by statute. It is not an issue which should take the time of Parliament.

It seems to me that there is a positive collective interest in having federal law, in particular the criminal law, one and the same for all Canadians and in knowing that the country's highest Court is in the background, in case of need, to illuminate difficult points of law arising in the sentencing process. Cases calling for the articulation of governing and intelligible principles bearing upon deprivation of personal liberty would seem rationally to be the paradigm of the type of case which should find its way to this Court.

I would hold that the Court has jurisdiction to entertain this appeal. The statutory language, the historical development of the Court's jurisdiction and the role of the Court as ultimate appellate tribunal all lead to that conclusion.

### III

#### The Burden of Proof

##### A

##### Introduction

The question now to be addressed is this: what burden of proof must the Crown sustain in advancing contested aggravating facts in a sentencing proceeding, for the purpose of supporting a lengthier sentence; is the standard that of the criminal law, proof beyond a reasonable doubt, or that of the civil law, proof on a balance of probabilities.

The Crown argues for the acceptance of a lesser onus of proof at sentencing than the traditional

droit criminel d'importance nationale. En l'espèce, la sentence est contestée sur une question de droit. Le pourvoi porte sur le principe de la sentence et non sur sa justesse. La légalité de la sentence est en cause.

Les questions relatives au fardeau de la preuve ont intéressé traditionnellement les tribunaux et leur solution a été laissée aux tribunaux et non au législateur. Nous sommes saisis, en l'espèce, d'une procédure qui a été élaborée par la *common law* et non par la loi. Ce n'est pas une question à laquelle le législateur devrait consacrer du temps.

J'estime qu'il y a un avantage collectif indubitable à ce que le droit fédéral, spécialement le droit criminel, soit le même pour tous les Canadiens et à ce que l'on sache que la plus haute cour du pays est prête au besoin à éclaircir des points de droit épineux que le processus de sentence peut soulever. Les affaires qui exigent la formulation de principes clairs qui ont trait à la privation de la liberté individuelle sembleraient logiquement être le modèle d'affaires qui devraient être portées devant cette Cour.

Je suis d'avis que cette Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi. Les textes législatifs, l'évolution historique de la compétence de la Cour et son rôle comme cour d'appel de dernier ressort appuient tous cette conclusion.

### III

#### Le fardeau de la preuve

##### A

##### Introduction

La question qu'il faut maintenant aborder est la suivante: à quelle norme de preuve la poursuite doit-elle satisfaire lorsqu'elle présente des circonstances aggravantes contestées au cours du processus de sentence, afin d'obtenir l'imposition d'une sentence plus sévère? La norme applicable est-elle celle du droit criminel c.-à-d. la preuve hors de tout doute raisonnable ou celle du droit civil, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités?

La poursuite nous presse d'accepter, aux fins de la sentence, une norme de preuve moins stricte que

criminal onus of beyond a reasonable doubt which applies at trial to the determination of guilt.

Relying heavily on American authorities the Crown suggests that there is a sharp demarcation between the trial process and the sentencing process. Once a plea or finding of guilty is entered the presumption of innocence no longer operates and the necessity of the full panoply of procedural protection for the accused ceases. Sentencing is a discretionary and highly subjective exercise on the part of the trial judge. The primary concern at a sentencing hearing is the availability of accurate information upon which the trial judge can rely in determining an appropriate sentence in the particular circumstances of the offender. For this reason the strict rules on the admissibility of evidence are relaxed. The trial judge is no longer confined to the narrow issue of guilt but is engaged in the difficult task of fitting the punishment to the person convicted. To require that the Crown prove contested issues beyond a reasonable doubt would be to complicate and extend sentencing hearings and convert the sentencing process into a second trial with a resultant loss of economy.

In the event that the essentially civil onus of preponderance of evidence is rejected, the Crown proposes, in the alternative, an "intermediate" standard of "clear and convincing" evidence to apply to sentencing hearings.

The respondent, on the other hand, argues for the application of the reasonable doubt standard to sentencing hearings. The "bifurcation" between trial and sentencing proposed by the Crown the respondent finds artificial and against the authorities. From the offender's point of view, sentencing is the most critical part of the whole trial process, it is the "gist of the proceeding" and the standard of proof required with respect to controverted facts should not be relaxed at this point. To do so is prejudicial to the accused. Administrative efficiency is insufficient justification for so radical a

celle de la preuve hors de tout doute raisonnable qui est ordinairement utilisée en matière criminelle et qui s'applique au procès quand il s'agit d'établir la culpabilité de l'accusé.

<sup>a</sup> S'inspirant largement de précédents américains, la poursuite soutient qu'il y a une différence marquée entre le procès et le processus de sentence. Après l'aveu ou la déclaration de culpabilité, la <sup>b</sup> présomption d'innocence ne s'applique plus et l'arsenal de procédures destinées à protéger l'accusé n'est plus nécessaire. L'imposition de la sentence est, pour le juge du procès, une activité discrétionnaire et très subjective. Le but premier de l'audience relative à la sentence est l'obtention de <sup>c</sup> renseignements précis sur lesquels le juge du procès peut s'appuyer pour déterminer la sentence appropriée au cas particulier de l'accusé. Pour ce motif, les règles strictes concernant la recevabilité <sup>d</sup> de la preuve sont assouplies. Le juge du procès n'est plus limité à la question stricte de culpabilité, mais il doit s'acquitter de la tâche difficile d'imposer une peine appropriée à la personne déclarée <sup>e</sup> coupable. Si la poursuite était tenue de prouver hors de tout doute raisonnable les faits contestés, cela aurait pour effet de compliquer et de prolonger les audiences relatives à la sentence et de transformer le processus de sentence en un second <sup>f</sup> procès avec les inconvénients qui s'ensuivent.

Si le fardeau de la preuve selon la prépondérance des probabilités, qui se retrouve essentiellement en matière civile, n'est pas retenu, la poursuite propose de le remplacer par une norme «intermédiaire» de preuve [TRADUCTION] «claire et convaincante» applicable aux audiences relatives à la sentence.

<sup>h</sup> D'autre part, l'intimé favorise l'application de la norme du doute raisonnable aux audiences relatives à la sentence. L'intimé juge artificiel et contraire à la jurisprudence la «division» entre le procès et le processus de sentence proposée par la <sup>i</sup> poursuite. Du point de vue de l'accusé, le processus de sentence est l'étape la plus décisive de tout le procès, il constitue [TRADUCTION] «l'essence même de la procédure» et, à ce stade, on ne devrait pas assouplir la norme de preuve requise quant aux <sup>j</sup> faits contestés. Un tel assouplissement de la norme serait préjudiciable à l'accusé. L'efficacité admi-

departure from the traditional criminal onus of beyond a reasonable doubt.

## B

### The Authorities relied upon in *Cieslak* and in *Gardiner*

As I have indicated, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Cieslak*, *supra*, said that it was "up to the Crown to prove the material facts, on a balance of probabilities" (at p. 9). The question of burden of proof was not directly in issue in *Cieslak*. Arnup J.A. recited the facts and then said:

In our view, the established practice in Ontario following a guilty plea is that which is also followed in the criminal Courts in England as expressed in *R. v. Campbell* (1911), 6 Cr. App. R. 131, adopted by this Court in *R. v. Carey* (1951), 102 C.C.C. 25, [1952] O.R. 1, 13 C.R. 333; *R. v. Van Pelz* (1942), 29 Cr. App. R. 10; *R. v. Benson and Stevenson* (1951), 100 C.C.C. 247, 13 C.R. 1, 3 W.W.R. (N.S.) 29. In essence that practice is that it is proper for the facts to be stated by the investigating officer, or by Crown counsel on information received from the investigating officer, even though such information may be largely hearsay, but if the facts as given are challenged by the defence, it is then up to the Crown to prove the material facts, on a balance of probabilities, for the purpose of assisting the trial Judge in deciding what is the appropriate sentence.

The Court held that the established practice had not been followed. The appeal was allowed and sentence reduced. The four cases upon which the Court relied dealt with the general practice followed at the time of sentencing rather than with the burden of proof.

In concluding, in the present appeal, that the *obiter* in *Cieslak* as to the onus was in error, the Court, speaking through Jessup J.A. relied on nine cases to which brief reference must be made.

(a) The first is an unreported decision of the Ontario Court of Appeal, *R. v. Sayer*, an appeal heard February 19, 1976. Martin J.A., speaking for the court, said:

nistrative ne suffit pas à justifier une dérogation aussi radicale à la norme hors de tout doute raisonnable ordinairement utilisée en matière criminelle.

## B

### La jurisprudence invoquée dans les arrêts *Cieslak* et *Gardiner*

Comme je l'ai déjà souligné, dans l'arrêt *R. v. Cieslak*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé qu'il appartenait [TRADUCTION] «à la poursuite de prouver les faits essentiels, selon une prépondérance de probabilités» (à la p. 9). La question du fardeau de la preuve n'était pas directement en cause dans l'affaire *Cieslak*. Après avoir énoncé les faits, le juge Arnup dit:

[TRADUCTION] A notre avis, la pratique suivie en Ontario à la suite d'un aveu de culpabilité est la même que celle qui est suivie dans les cours criminelles d'Angleterre et qui est énoncée dans l'arrêt *R. v. Campbell* (1911), 6 Cr. App. R. 131, adopté par cette cour dans les arrêts *R. v. Carey* (1951), 102 C.C.C. 25, [1952] O.R. 1, 13 C.R. 333; *R. v. Van Pelz* (1942), 29 Cr. App. R. 10; *R. v. Benson and Stevenson* (1951), 100 C.C.C. 247, 13 C.R. 1, 3 W.W.R. (N.S.) 29. Pour l'essentiel, suivant cette pratique, l'agent enquêteur ou le substitut du procureur général, d'après les renseignements reçus de l'agent enquêteur, énonce les faits, même si les renseignements obtenus peuvent comporter une grande part de ouï-dire. Cependant, si les faits rapportés sont contestés par la défense, il incombe alors à la poursuite de prouver les faits essentiels, selon une prépondérance des probabilités, en vue d'aider le juge du procès à déterminer la sentence appropriée.

La Cour a conclu que la pratique établie n'avait pas été suivie. Elle a accueilli l'appel et réduit la sentence. Les quatre arrêts sur lesquels la Cour s'est fondée portent sur la pratique généralement suivie au moment de la détermination de la sentence plutôt que sur le fardeau de la preuve.

En concluant en l'espèce que l'*obiter* de l'arrêt *Cieslak* quant au fardeau de preuve est erroné, la Cour, dont le juge Jessup a rédigé les motifs, s'est appuyée sur neuf décisions qu'il faut mentionner brièvement.

a) La première est un arrêt inédit de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Sayer*, un appel entendu le 19 février 1976. Le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour, affirme:



Dealing with the appeal against sentence. The evidence is that following the assault, the complainant had an operation to correct a degenerative disc problem of long standing. It is far from established with that degree of certainty required in a criminal prosecution, that there was a causal connection between the assault and the condition which required the operation, nor can we be sure that the jury found such a causal connection.

(b) *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L. R. 648. The trial judge accepted pleas of guilty to a charge of conspiracy to rob and, dispensing with a jury, heard evidence from both the prosecution and defence solely on matters pertinent to the issue of whether the enterprise had been abandoned at some time prior to arrest. The report notes that the trial judge had directed himself as he would a jury on matters of burden of proof.

(c) *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457 (P.E.I. S.C.). Campbell C.J. said: "... on the question of the gravity of the offence, as well as on the question of guilt or innocence, the accused is entitled to the benefit of any reasonable doubt" (at p. 460).

(d) *R. v. Maitland*, a decision of the Supreme Court of South Australia *in banco*, reported at [1963] S.A.S.R. 332. The court expressed the view that "... the accused is entitled to have the benefit of any doubt that there may be" (at p. 335).

(e) *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374, another decision of the South Australian courts, judgment being delivered by Bray C.J. The following passage appears at p. 378 of the report:

I think, as I said in *Samuels v. Festa*, [1968] S.A.S.R. 118, that the principle by which the defendant has the benefit of any reasonable doubt applies all through the criminal law and to matters of penalty as well as to matters of guilt or innocence except in the case of the defence of insanity or in the case of any special statutory provision to the contrary.

(f) *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110 following *R. v. Maitland* and *Law v. Deed*. Walters J. said (at p. 112): "In the absence of evidence

[TRADUCTION] Quant à l'appel de la sentence. Selon la preuve, la victime a dû subir, par suite des voies de fait, une opération pour corriger un problème de dégénérescence d'un disque dont elle souffrait depuis longtemps. Il n'est pas établi avec le degré de certitude qu'on exige dans une poursuite criminelle qu'il y a un lien de cause à effet entre les voies de fait et l'état de la victime qui a exigé l'opération. Il n'est pas sûr non plus que le jury a conclu qu'un tel lien existait.

b) *R. v. Gortat and Pirog*, [1973] Crim. L. R. 648. Le juge du procès a accepté des aveux de culpabilité relatifs à une accusation de complot en vue de commettre un vol qualifié et, après avoir renvoyé le jury, a entendu les dépositions de la poursuite et de la défense seulement sur les points touchant la question de savoir si le complot avait été abandonné avant l'arrestation de ses auteurs. Le recueil rapporte que le juge du procès a agi comme un jury l'aurait fait quant au fardeau de la preuve.

c) *Alberton Fisheries Ltd. v. The King* (1944), 17 M.P.R. 457 (C.S. I.-P.-E.). Le juge en chef Campbell affirme: [TRADUCTION] «... relativement à la gravité de l'infraction, de même que relativement à sa culpabilité ou à son innocence, l'accusé a le droit de bénéficier de tout doute raisonnable» (à la p. 460).

d) *R. v. Maitland*, un arrêt de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale *in banco*, publié à [1963] S.A.S.R. 332. La cour exprime l'avis que [TRADUCTION] «... l'accusé a le droit de bénéficier de tout doute qui peut exister» (à la p. 335).

e) *Law v. Deed*, [1970] S.A.S.R. 374, un autre arrêt de l'Australie-Méridionale, rendu par le juge en chef Bray. Le passage suivant se trouve à la p. 378 du recueil:

[TRADUCTION] Je crois, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Samuels v. Festa*, [1968] S.A.S.R. 118, que le principe en vertu duquel l'accusé a droit de bénéficier de tout doute raisonnable s'applique dans tout le droit criminel aussi bien aux questions relatives à la sentence qu'aux questions relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé, sauf en présence d'une défense d'aliénation mentale ou de toute disposition législative spéciale qui exige le contraire.

f) *O'Malley v. French* (1971), 2 S.A.S.R. 110, qui suit les arrêts *R. v. Maitland* et *Law v. Deed*. Le juge Walters affirme (à la p. 112): [TRADUCTION]

negating the matters of mitigation put forward by him, the appellant was entitled to the benefit of any reasonable doubt upon the issue”.

(g) *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116. This is another decision of Bray C.J. and the following appears at pp. 119 and 120 of the report: “The defendant must be given the benefit of any reasonable doubt on matters of penalty, as well as on matters of guilt or innocence, in the absence of any statutory provision to the contrary. The plea of guilty admits no more than the bare legal ingredients of the crime. Any dispute as to anything beyond this must be resolved on ordinary legal principles, including the presumption of innocence”. Two other cases from South Australia, cases in which the test of beyond reasonable doubt was applied are *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217 and *R. v. Stehbens* (1976), 14 S.A.S.R. 240. See commentary on this latter case in (1977), 1 Crim. L. J. 217. The position would appear to be the same in New South Wales, *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W. L.R. 582 and in the Australian Capital Territory, *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110.

(h) *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114, a decision of the Supreme Court of the Northern Territory adopting the principles enunciated in *Law v. Deed* and *R. v. Maitland*.

(i) *R. v. Browne*, [1950] N. I. L.R. 20, a decision of the Court of Criminal Appeal of Northern Ireland. In passing sentence in a manslaughter case the trial judge had said that it might well be that the prisoner had attempted to gas his wife before killing her and he referred to “a certain element of deliberation” on the part of the prisoner. On the appeal, Andrews L.C.J. said at p. 28):

While the inference drawn by the learned judge is certainly a possibility, we do not think that it can be drawn with such a degree of certainty as to justify it in being taken into account against the accused man in assessing sentence.

«En l'absence d'éléments de preuve qui contredisent les circonstances atténuantes mentionnées par l'appelant, celui-ci a le droit de bénéficier de tout doute raisonnable sur la question».

<sup>a</sup> g) *Weaver v. Samuels*, [1971] S.A.S.R. 116. Il s'agit là d'une autre décision du juge en chef Bray. Le passage suivant figure aux pages 119 et 120 du recueil: [TRADUCTION] «En l'absence de toute disposition législative contraire, l'accusé doit bénéficier de tout doute raisonnable sur les questions relatives à la sentence de même que sur les questions relatives à sa culpabilité ou à son innocence. L'aveu de culpabilité ne porte que sur les éléments essentiels de l'infraction. Toute contestation des autres éléments doit se régler selon les principes ordinaires du droit, y compris la présomption d'innocence». Deux autres décisions de l'Australie-Méridionale, où la norme hors de tout doute raisonnable a été appliquée, sont: *R. v. Thompson* (1975), 11 S.A.S.R. 217 et *R. v. Stehbens* (1976), 14 S.A.S.R. 240. Voir à propos de cette dernière affaire, le commentaire publié à (1977), 1 Crim. L. J. 217. La position adoptée semble la même en Nouvelle-Galles du Sud, *R. v. O'Neill*, [1979] 2 N.S.W. L.R. 582 et dans le Capital Territory de l'Australie, *Bierkowski v. Pearson* (1971), 18 F.L.R. 110.

<sup>f</sup> h) *Browne v. Smith* (1974), 4 A.L.R. 114. Il s'agit d'un arrêt de la Cour suprême du Northern Territory, où on adopte les principes énoncés dans *Law v. Deed* et *R. v. Maitland*.

<sup>e</sup> i) *R. v. Browne*, [1950] N. I. L.R. 20. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel de juridiction criminelle d'Irlande du Nord. En prononçant la sentence dans une affaire d'homicide involontaire coupable, le juge du procès avait affirmé qu'il se pouvait bien que l'accusé ait tenté d'asphyxier sa femme par le gaz avant de l'assassiner et il avait fait état [TRADUCTION] «d'un certain élément de préméditation» de la part de l'accusé. En appel, le juge en chef Andrews a affirmé (à la p. 28):

[TRADUCTION] Même si la conclusion tirée par le savant juge est certes possible, nous ne croyons pas qu'elle puisse être tirée avec suffisamment de certitude pour pouvoir jouer contre l'accusé au moment d'évaluer sa sentence.

Another case from Northern Ireland which might have been mentioned is *R. v. McKee*, [1947] N. I. L.R. 27 in which the Court of Criminal Appeal held that if the accused disputes aggravating facts the Court should either leave the disputed matter out of account or else receive evidence upon it and reach a finding, the prisoner being given the benefit of any reasonable doubt. The Court added that the practice in England would appear to be similar.

## C

Other Canadian Cases

To complete the review of the cases, it may be noted that the Alberta Supreme Court, Appellate Division, in *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272 considered that no exception could be taken to giving the benefit of the doubt to the accused. Some sixty years later in *R. v. Christopher* (unreported), the same Court applied *Cieslak* and the balance of probabilities.

In *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 Morden J. applied the "moral certainty", i.e. beyond reasonable doubt, test. In a recent unreported case of *R. v. Wettlaufer*<sup>2</sup>, Judge Salhany held that before a judge should sentence an accused on the basis of the more culpable or aggravating theory advanced by the Crown, he should be satisfied beyond a reasonable doubt that the evidence supports that theory. This was consistent with the decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Parenteau* (1980), 52 C.C.C. (2d) 188 in which Matas J.A. speaking for the Court said at p. 190):

In our view, where the facts before the Court are presented by way of representations of counsel, and the accused denies important facts which go to the gravity of the offence, it is incumbent on the Crown to prove those facts beyond a reasonable doubt. There is no onus on the accused to call evidence to refute the statements made by Crown counsel. This is consistent with the general principle applicable in criminal prosecutions requiring the Crown to prove its case beyond a reasonable doubt.

<sup>2</sup> Summarized at 6 W.C.B. 311.

Une autre affaire d'Irlande du Nord qu'il aurait pu mentionner est *R. v. McKee*, [1947] N. I. L.R. 27 où la Cour d'appel de juridiction criminelle a statué que si l'accusé conteste les circonstances aggravantes, la Cour doit, soit ignorer les faits contestés, soit recueillir des éléments de preuve à leur sujet et se former un avis, en accordant à l'accusé le bénéfice de tout doute raisonnable. La Cour a ajouté que la pratique en Angleterre semble identique.

## C

Autre jurisprudence canadienne

Pour compléter l'analyse de la jurisprudence, on peut souligner que la Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel, dans *R. v. Pinder* (1923), 40 C.C.C. 272, a jugé qu'on ne pouvait apporter d'exception à l'octroi du bénéfice du doute à l'accusé. Quelque soixante années plus tard, dans l'arrêt *R. v. Christopher* (inédit), la même cour a appliqué l'arrêt *Cieslak* et la norme de la prépondérance des probabilités.

Dans la décision *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343, le juge Morden a appliqué la norme de «la certitude morale» c.-à-d. la norme hors de tout doute raisonnable. Dans l'affaire récente et non publiée, *R. v. Wettlaufer*<sup>2</sup>, le juge Salhany a conclu qu'avant d'imposer une sentence à un accusé en fonction de circonstances aggravantes ou d'une culpabilité accrue suivant les prétentions de la poursuite, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la preuve appui ces prétentions. Cela est conforme à l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *R. v. Parenteau* (1980), 52 C.C.C. (2d) 188, où le juge Matas, s'exprimant au nom de la cour, affirme (à la p. 190):

[TRADUCTION] A notre avis, lorsque le substitut du procureur général expose les faits et que l'accusé conteste des faits importants qui ont une incidence sur la gravité de l'infraction, il incombe à la poursuite de prouver ces faits hors de tout doute raisonnable. L'accusé n'est aucunement tenu de présenter des témoignages pour réfuter l'exposé fait par le substitut du procureur général. Cela est conforme au principe général qui s'applique en matière de poursuites criminelles, en vertu duquel la poursuite doit établir sa preuve hors de tout doute raisonnable.

<sup>2</sup> Résumée à 6 W.C.B. 311.

In Quebec, Barrette-Joncas J. in *obiter* in *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96 followed *Cieslak*. In *R. v. Boileau*; *R. v. Lepine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189 Hugessen J. applied the standard of proof of beyond reasonable doubt.

In the only other Canadian case to which I would refer *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461 the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court said, at p. 463 of the report: "Giving the respondents the benefit of all doubt, the fact remains that . . ."

## D

English and Other Cases

Two unreported cases to which we have been referred suggest that the test of beyond reasonable doubt has been applied in England. In *R. v. Sadler* (decided November 22, 1973) Lord Justice Scarman said:

This Court takes the view that in those circumstances the benefit of the doubt must be given to the Appellant. Clearly he must be punished. But, equally clearly, his punishment must take into account the benefit of the doubt which this Court believes should in these circumstances be accorded to him.

In *R. v. Miller, Vella and Walker* (decided December 2, 1974) Lord Justice Lawton said:

We do not agree that the learned Judge was bound to approach the matter on the basis of what was put before him in mitigation. He was entitled to assess the probabilities on such information as he had. He had to bear in mind, of course, that if there was any doubt that doubt had to be resolved in favour of the accused.

In the later case of *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144, Mr. Justice Gibson, speaking for the Court of Criminal Appeal, referred to the guilty plea and the sharp difference between the facts of the wounding as the prosecution put them forward and the basis of the plea as stated by Taggart. The judge said (at p. 149):

As is well known, there are various methods of dealing with this difficulty when it arises. The judge is not bound to approach the matter on the basis of what is put forward before him in mitigation. He is entitled to

Au Québec, dans un *obiter* qu'on trouve dans l'arrêt *R. v. Dimora* (1978), 45 C.C.C. (2d) 96, le juge Barrette-Joncas a suivi l'arrêt *Cieslak*. Dans l'arrêt *R. v. Boileau*; *R. v. Lépine* (1979), 50 C.C.C. (2d) 189, le juge Hugessen a appliqué la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable.

Dans la seule autre décision canadienne que je citerai, *R. v. Davis and Fancie* (1976), 15 N.S.R. (2d) 461, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Ecosse affirme, à la p. 463 du recueil: [TRADUCTION] «Même si on accorde aux intimés le bénéfice du doute, il reste que. . .»

## D

Jurisprudence anglaise et autre

Deux décisions inédites qu'on nous a mentionnées indiquent que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a été appliquée en Angleterre. Dans *R. v. Sadler* (décision en date du 22 novembre 1973), lord Scarman dit ceci:

[TRADUCTION] La Cour estime que dans ces circonstances l'appelant doit se voir accorder le bénéfice du doute. Il doit manifestement être puni. Mais sa peine doit aussi tenir compte du bénéfice du doute qui, selon cette Cour, doit lui être accordé dans les circonstances.

Dans la décision *R. v. Miller, Vella and Walker* (rendue le 2 décembre 1974), lord juge Lawton affirme:

[TRADUCTION] Nous n'admettons pas que le savant juge était tenu d'aborder la question en fonction des circonstances atténuantes qui lui avaient été exposées. Il avait le droit d'évaluer les probabilités de véracité des renseignements dont il disposait. Il devait évidemment se rappeler que s'il y avait un doute quelconque, ce doute devait profiter à l'accusé.

Dans l'arrêt plus récent *R. v. Taggart* (1979), 1 Cr. App. R. (S.) 144, le juge Gibson, au nom de la Court of Criminal Appeal, mentionne l'aveu de culpabilité et la nette différence entre la version des circonstances entourant les coups et blessures présentée par la poursuite et celle donnée par Taggart en s'avouant coupable. Le juge affirme (à la p. 149):

[TRADUCTION] Comme on le sait, il y a différentes manières d'aborder cette difficulté lorsqu'elle se présente. Le juge n'est pas tenu d'aborder la question en fonction des circonstances atténuantes qui lui sont pré-

determine the matter on the information before him but he will resolve any doubt in favour of the accused.

The author of a commentary upon *Taggart* and *Miller* in (1980) Crim. L. Rev. 248, concluded with these words (at p. 249):

Apart from these decisions, it seems to follow from general principle that an offender should not be held accountable for facts unless they have been established against him to the same standard of evidence, irrespective of whether those facts are technically elements of the offence with which he is charged. A finding of fact which goes only to sentence can have consequences for the offender as grave as one which goes to guilt, and the same standard should apply in both cases.

Counsel for the respondent furnished the Court with judgments to which I need not refer in detail, from the Federal Supreme Court of Nyasaland (presently Malawi), the Courts of Appeal of East Africa, Hong Kong and New Guinea, all to the same effect. The standard to be applied is the criminal standard, beyond a reasonable doubt.

## E

### American Authorities

The appellant calls in aid an uneven line of American jurisprudence, which in my view is neither applicable in the Canadian context nor in this case. The decision most frequently quoted is *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949) which dealt with the admissibility of hearsay evidence at a sentencing hearing.

Several comments must be made with respect to this decision. First, the case and those following it, turned on the applicability of the due process clause of the American Constitution to sentencing hearings. As counsel for the respondent submits almost all American judicial pronouncements with respect to the burden of proof on sentencing are grounded in considerations of American constitutional protections, particularly those afforded by the "due process" clause. Due process bears a very different meaning in Canada than that which has been accorded the phrase in the United States, and

sentées. Il a le droit de trancher la question en fonction des renseignements dont il dispose, mais il doit faire en sorte que tout doute profite à l'accusé.

L'auteur d'un commentaire portant sur les décisions *Taggart* et *Miller*, publié à (1980) Crim. L. Rev. 248, conclut en ces termes (à la p. 249):

[TRADUCTION] Outre ces arrêts, il paraît s'ensuivre, comme principe général, qu'on ne peut imputer des faits à un accusé à moins que ceux-ci ne soient prouvés contre lui selon la même norme de preuve, que ces faits soient ou non des éléments essentiels de l'infraction dont il est accusé. Une conclusion de fait relative à la sentence seulement peut avoir pour l'accusé des conséquences aussi graves qu'une conclusion de faits relative à sa culpabilité. La même norme de preuve doit s'appliquer dans les deux cas.

L'avocat de l'intimé a soumis à la Cour des arrêts, que je ne crois pas utile d'analyser en détail, provenant de la Cour suprême fédérale du Nyasaland (aujourd'hui le Malawi), des cours d'appel de l'Afrique-Orientale, de Hong Kong et de la Nouvelle-Guinée, qui abondent tous dans le même sens. La norme de preuve à appliquer est celle applicable en matière criminelle, savoir la norme hors de tout doute raisonnable.

## E

### Jurisprudence américaine

L'appelant invoque une jurisprudence américaine inconstante qui, à mon avis, n'est applicable ni au contexte canadien ni à l'espèce. L'arrêt le plus souvent cité est *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 93 L ed 1337 (1949) qui porte sur la recevabilité du oui-dire à une audience relative à une sentence.

Il y a beaucoup à dire à propos de cet arrêt. D'abord, cet arrêt et ceux qui l'ont suivi portent sur l'applicabilité, à l'audience relative à la sentence, de la clause relative à l'application régulière de la loi incluse dans la Constitution américaine. Comme le souligne l'avocat de l'intimé, presque toutes les décisions judiciaires américaines qui portent sur le fardeau de la preuve en matière de sentence sont fondées sur des éléments de protection inclus dans la Constitution américaine, notamment ceux qu'offre la clause relative à «l'application régulière de la loi». L'application régu-

consequently American jurisprudence with respect to the proper quantum of proof on sentencing is an inappropriate model for Canadian emulation, *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889. The controversy surrounding the applicability of the due process clause to sentencing hearings has served to accentuate, in the United States, the division in the trial process before and after conviction. In Canada, there is no such controversy. Rights equivalent to those provided under the due process clause in the United States are here guaranteed at sentencing by statute. In addition, the *Williams* decision has been severely questioned in the United States and there are signs that the due process clause is finding some applicability in the sentencing process (see *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); "Procedural Due Process at Judicial Sentencing for Felony" (1968), 81 Harv. L. Rev. 821).

Secondly, the *Williams* decision dealt with the admissibility of hearsay evidence at sentencing. Arguments militating for a relaxation at a sentencing hearing of the rules dealing with the admissibility of evidence at trial do not necessarily support a reduction of the criminal standard of proof from beyond a reasonable doubt to a preponderance of credible evidence.

F

### The Principles

Sentencing is part of a fact finding, decision-making process of the criminal law. Sir James Fitzjames Stephen, writing in 1863 said that "the sentence is the gist of the proceeding. It is to the trial what the bullet is to the powder" (quoted in Olah, "Sentencing: The Last Frontier of the Criminal Law" (1980), 16 C.R. (3d) 97, at p. 98). The statement is equally true today.

lière de la loi a au Canada un sens très différent de celui donné à cette expression aux Etats-Unis. En conséquence, la jurisprudence américaine relative à la norme de preuve à appliquer en matière de sentence ne peut servir de modèle au Canada, *Curr c. La Reine*, [1972] S.C.R. 889. La controverse qui entoure l'applicabilité de la clause relative à l'application régulière de la loi à l'audience relative à la sentence a servi à accentuer, aux Etats-Unis, la coupure entre le processus judiciaire qui précède la déclaration de culpabilité et celui qui la suit. Cette controverse n'existe pas au Canada. Les droits comparables à ceux que la clause relative à l'application régulière de la loi accorde aux Etats-Unis sont ici garantis par la loi au cours du processus de sentence. De plus, l'arrêt *Williams* a été sévèrement critiqué aux Etats-Unis et il semblerait que la clause relative à l'application régulière de la loi commence à s'appliquer au processus de sentence (voir *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388 (1978); *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 51 L Ed 2d 393 (1977); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 49 L Ed 2d 859 (1976); «Procedural Due Process at Judicial Sentencing for Felony» (1968), 81 Harv. L. Rev. 821).

En second lieu, l'arrêt *Williams* porte sur la recevabilité du oui-dire au cours du processus de sentence. Les arguments en faveur de l'assouplissement, pour les audiences relatives à la sentence, des règles de recevabilité de la preuve applicables aux procès n'appuient pas nécessairement le passage de la norme hors de tout doute raisonnable applicable à la preuve en matière criminelle, à la norme de la prépondérance des éléments de preuve crédibles.

h

### Les principes

La détermination de la sentence fait partie d'un processus décisionnel du droit criminel. Sir James Fitzjames Stephen a écrit en 1863 que [TRADUCTION] «la sentence constitue l'essence même de la procédure. Elle est au procès ce que le boulet est à la poudre» (cité par Olah dans «Sentencing: The Last Frontier of The Criminal Law» (1980), 16 C.R. (3d) 97, à la p. 98). Cet énoncé est encore vrai de nos jours.

One of the hardest tasks confronting a trial judge is sentencing. The stakes are high for society and for the individual. Sentencing is the critical stage of the criminal justice system, and it is manifest that the judge should not be denied an opportunity to obtain relevant information by the imposition of all the restrictive evidential rules common to a trial. Yet the obtaining and weighing of such evidence should be fair. A substantial liberty interest of the offender is involved and the information obtained should be accurate and reliable.

It is a commonplace that the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and technicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail. The hearsay rule does not govern the sentencing hearing. Hearsay evidence may be accepted where found to be credible and trustworthy. The judge traditionally has had wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base his sentence. He must have the fullest possible information concerning the background of the accused if he is to fit the sentence to the offender rather than to the crime.

It is well to recall in any discussion of sentencing procedures that the vast majority of offenders plead guilty. Canadian figures are not readily available but American statistics suggest that about 85 percent of the criminal defendants plead guilty or *nolo contendere*. The sentencing judge therefore must get his facts after plea. Sentencing is, in respect of most offenders, the only significant decision the criminal justice system is called upon to make.

It should also be recalled that a plea of guilty, in itself, carries with it an admission of the essential legal ingredients of the offence admitted by the plea, and no more. Beyond that any facts relied upon by the Crown in aggravation must be established by the Crown. If undisputed, the procedure

Une des tâches les plus difficiles que le juge du procès doit remplir est la détermination de la sentence. Les enjeux sont importants pour l'individu et la société. La détermination de la sentence constitue une étape décisive du système de justice pénale et il est manifeste qu'on ne doit pas enlever au juge la possibilité d'obtenir des renseignements pertinents en imposant toutes les restrictions des règles de preuve applicables à un procès. D'autre part, il faut que le rassemblement et l'évaluation de ces éléments de preuve soient justes. La liberté de l'accusé en dépend largement et il faut que les renseignements fournis soient exacts et sûrs.

Tout le monde sait que les règles strictes qui régissent le procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence et il n'est pas souhaitable d'imposer la rigueur et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires. La règle interdisant le oui-dire ne s'applique pas aux audiences relatives aux sentences. On peut recevoir des éléments de preuve par oui-dire s'ils sont crédibles et fiables. Jusqu'ici, le juge a joui d'une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles il peut fonder sa sentence. Il doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l'accusé pour déterminer la sentence en fonction de l'accusé plutôt qu'en fonction de l'infraction.

Il ne faut pas perdre de vue, dans l'étude des procédures de détermination des sentences, que la plupart des accusés avouent leur culpabilité. Les chiffres ne sont pas disponibles pour le Canada, mais d'après les données américaines, environ 85 pour 100 des accusés en matière criminelle avouent leur culpabilité ou ne présentent pas de défense. Le juge qui prononce la sentence doit donc être instruit des faits après la déclaration de culpabilité. Pour la plupart des accusés, la sentence est la seule décision importante que la justice pénale est appelée à rendre.

Il ne faut pas oublier non plus que l'aveu de culpabilité comporte en soi l'aveu des éléments juridiques essentiels de l'infraction en question, mais rien de plus. La poursuite doit prouver toutes les circonstances aggravantes qu'elle invoque et qui ne sont pas visées par cet aveu. Si ces circonstances

can be very informal. If the facts are contested the issue should be resolved by ordinary legal principles governing criminal proceedings including resolving relevant doubt in favour of the offender.

To my mind, the facts which justify the sanction are no less important than the facts which justify the conviction; both should be subject to the same burden of proof. Crime and punishment are inextricably linked. "It would appear well established that the sentencing process is merely a phase of the trial process" (Olah, *supra*, at p. 107). Upon conviction the accused is not abruptly deprived of all procedural rights existing at trial: he has a right to counsel, a right to call evidence and cross-examine prosecution witnesses, a right to give evidence himself and to address the court.

In *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E. R. 1230 the suggestion was made that a court might be *functus officio* in the use of its powers to convict or acquit, as distinct from its powers to sentence. Lord Reid found this proposition to be both novel and erroneous, adding at p. 1233:

In my judgment magistrates have only one officium—to carry the case before them to a conclusion. There is no reason to divide up their functions and hold that at some stage in the proceedings one officium comes to an end and another begins.

In my view, both the informality of the sentencing procedure as to the admissibility of evidence and the wide discretion given to the trial judge in imposing sentence are factors militating in favour of the retention of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt at sentencing.

[B]ecause the sentencing process poses the ultimate jeopardy to an individual enmeshed in the criminal process, it is just and reasonable that he be granted the protection of the reasonable doubt rule at this vital juncture of the process [Olah, *supra*, at p. 121].

ne sont pas contestées, la procédure peut être très peu formaliste. Si elles le sont, la question doit se régler selon les principes juridiques ordinaires qui régissent les procédures en matière criminelle, notamment le principe portant que tout doute pertinent doit profiter à l'accusé.

Pour moi, les faits qui justifient la peine ne sont pas moins importants que ceux qui justifient la déclaration de culpabilité; les deux devraient être soumis à la même norme de preuve. L'infraction et la peine sont inextricablement liées. [TRADUCTION] «Il semble bien établi que le processus de sentence n'est qu'une phase du procès» (Olah, précité, à la p. 107). L'accusé n'est pas soudainement privé, dès sa déclaration de culpabilité, de tous les droits dont il dispose en matière de procédure lors du procès: il a le droit d'être représenté par un avocat, de citer des témoins et de contre-interroger les témoins de la poursuite, ainsi que de témoigner lui-même et de plaider auprès du tribunal.

Dans *S. v. Manchester City Recorder*, [1969] 3 All E.R. 1230, on a laissé entendre que la cour pouvait être dépouillée de son pouvoir de déclarer coupable ou d'acquitter, mais non de celui de prononcer la sentence. Lord Reid a jugé que cette affirmation était à la fois nouvelle et erronée, et il a ajouté à la p. 1233:

[TRADUCTION] A mon avis, les magistrats n'ont qu'une seule fonction — mener à terme la cause qui leur est soumise. Il n'y a aucune raison de scinder leurs fonctions et de conclure qu'à une certaine étape des procédures une fonction prend fin et une autre commence.

A mon sens, aussi bien le caractère non formaliste du processus de sentence quant à la recevabilité de la preuve que le large pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge du procès quant à l'imposition de la sentence sont des facteurs qui militent en faveur du maintien de la norme de preuve en matière criminelle, c.-à-d. la preuve hors de tout doute raisonnable, lors du processus de sentence.

[TRADUCTION] Parce que le processus de sentence constitue le danger ultime pour une personne aux prises avec la justice, il est juste et raisonnable qu'on lui accorde la protection de la règle du doute raisonnable à ce stade critique de la procédure [Olah, précité, à la p. 121].



The rationale of the argument of the Crown for the acceptance of a lesser standard of proof is administrative efficiency. In my view, however, the administrative efficiency argument is not sufficient to overcome such a basic tenet suffusing our entire criminal justice system as the standard of proof beyond a reasonable doubt. I am by no means convinced that if the standard of proof were lowered, conservation of judicial resources would be enhanced. In the event of a serious dispute as to facts, it would be in the interests of the accused to plead not guilty in order to benefit at trial from the higher standard of reasonable doubt. This would not only be destructive of judicial economy but at the same time prejudicial to whatever mitigating effect might have come from a guilty plea, as evidence of remorse. There would seem in principle no good reason why the sentencing judge in deciding disputed facts should not observe the same evidentiary standards as we demand of juries. In *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525 Pigeon J., dealing with an issue involving conviction, observed (at p. 550):

In my view, there are in our criminal law only three standards of evidence:

1. Proof beyond a reasonable doubt which is the standard to be met by the Crown against the accused;
2. Proof on a preponderance of the evidence or a balance of probabilities which is the burden of proof on the accused when he has to meet a presumption requiring him to establish or to prove a fact or an excuse;
3. Evidence raising a reasonable doubt which is what is required to overcome any other presumption of fact or of law.

The civil test only comes into play when the accused has to meet a presumption and it operates in favour of the accused.

I can see no good purpose served by the alternate Crown submission, namely, the adoption of a third standard of proof, "clear and convincing" evidence, in Canadian law. I agree with the remarks of Lord Tucker in *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213 at p. 216:

... I am quite unable to accede to the proposition that there is some intermediate onus between that which is

Le fondement de l'argument de la poursuite en faveur de l'adoption d'une norme de preuve moins stricte est l'efficacité administrative. A mon avis, l'argument de l'efficacité administrative ne suffit cependant pas à écarter le principe aussi fondamental qui imprègne tout notre système de justice pénale qu'est la norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Je ne suis absolument pas convaincu que si l'on abaissait la norme de preuve, nous favoriserions l'économie des ressources judiciaires. Si les faits sont sérieusement contestés, l'accusé aurait intérêt à nier sa culpabilité afin de profiter, lors du procès, de la norme plus stricte du doute raisonnable. En plus d'être préjudiciable à l'économie judiciaire, cela nuierait à l'effet d'atténuation qu'aurait pu avoir l'aveu de culpabilité comme signe de regret. Il ne semble y avoir, en principe, aucun motif valable pour le juge qui fixe la sentence de ne pas se soumettre, dans la détermination des faits contestés, aux mêmes normes de preuve que celles imposées au jury. Dans l'arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, le juge Pigeon fait remarquer à propos d'une question relative à la déclaration de culpabilité (à la p. 550):

A mon avis, notre droit criminel ne connaît que trois normes de preuve:

1. La preuve au-delà de tout doute raisonnable qui est la norme de ce que le ministère public doit établir contre l'accusé;
2. La preuve selon la prépondérance de la preuve ou des probabilités qui est le fardeau qui incombe à l'accusé lorsqu'il doit faire face à une présomption qui l'oblige à établir ou à prouver un fait ou une excuse;
3. La preuve soulevant un doute raisonnable qui est celle qu'il faut faire pour repousser toute autre présomption de fait ou de droit.

La norme en matière civile s'applique seulement lorsque l'accusé doit repousser une présomption et elle joue en faveur de l'accusé.

Je ne puis voir d'utilité à la proposition subsidiaire de la poursuite visant notamment l'adoption en droit canadien d'une troisième norme de preuve, savoir la preuve «claire et convaincante». Je suis d'accord avec lord Tucker lorsqu'il fait observer dans l'arrêt *Dingwall v. J. Wharton (Shipping), Ltd.*, [1961] 2 Lloyd's Rep. 213, à la p. 216:

[TRADUCTION] ... Il m'est tout à fait impossible de me rallier à l'affirmation qu'il existe une norme intermé-

required in criminal cases and the balance of probability which is sufficient in timeous civil actions.

In conclusion, I see no justification for the introduction of the complexity and confusion which would inevitably follow upon the acceptance of standards of proof varying from trial to sentence.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed, LASKIN C.J. and ESTEY and MCINTYRE JJ. dissenting on the question of jurisdiction.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.*

diaire entre celle qui est imposée dans les affaires criminelles et la prépondérance des probabilités qui est suffisante dans les actions civiles.

<sup>a</sup> En définitive, je suis d'avis que rien ne justifie l'introduction de la confusion et de la complexité qui résulteraient nécessairement de l'application de normes de preuve différentes pour le procès et pour la détermination de la sentence.

<sup>b</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges ESTEY et MCINTYRE sont dissidents sur la question de la compétence.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Ruby & Edwardh, Toronto.*